VERZAMELING VAN ARRESTEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL
EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VAN DEN HONERT'S

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VOORTGEZET DOOR

MR. C. C. E. D'ENGELBRONNER,

Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlande

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VIER-EN-VIJFTIGSTE DEEL.

'S GRAVENHAGE.
H. L. SMITS.

1889.

CHRONOLOGISCHE AANWIJZING

DER

ARRESTEN

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING

DEEL LIV.

(6 Januarij 1888—28 December 1888.)

VERBETERINGEN:

Bladz.		regel		van		*staat*:		*lees*:
Bladz.	29	regel	5	van	boven	*staat*:	1857,	*lees*: 1875.
»	221	»	14	»	onder	»	1856,	» 1859.
»	310	»	6	»	boven	»	n° 3039	» 3039*.
»	340	»	12	»	»	»	a. 1915,	» a. 1959.
»	385	»	8	»	onder	»	schenking	» strekking.

AANWIJZING DER VRAAGPUNTEN

BEHANDELD BIJ DE

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

IN VERBAND MET DE WETSBEPALINGEN, TOT DEZE BETREKKING HEBBENDE.

DEEL LIV.

ZEGEL EN REGISTRATIE.

(Wet van 22 Februarij, an VII, 12 December 1798.)

A. 47 js as 1—4. Zijn onder de »actes" in a. 47 dezer wet bedoeld, dagbladen niet begrepen? — NIET BESLIST.

Arrest van 20 Januarij 1888, n° 3003, ... blz. 37.

GRONDWET.

A. 156 oud, (161 nieuw). Zie het arr. van 23 Maart 1888, blz. 122.

ARRESTEN EN KORTINGEN OP TRACTEMENTEN, SOLDIJEN EN PENSIOENEN.

(Wet van 24 Januarij 1815, *St.* n° 3.)

Universè. Zijn onder de uitdrukking »arrest" in deze wet alleen te verstaan het executoriaal en het conservatoir beslag, zooals dit in het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering is geregeld, zoodat die wet niet van toepassing is in geval van faillissement? — JA.

Arrest van 13 Januarij 1888, n° 3001, ... blz. 22.

REGTERLIJKE ORGANISATIE.

A. 1, 2, 53 en 69. — A. 20. Zie het arr. van 1 Maart 1888, blz. 103.
A. 20. Zie het arr. van 23 Maart 1888 blz. 122.
A. 20. Had de eischer om zich met vrucht op gebrek aan moti-

vering te kunnen beroepen, a. 20 R.-O. in zijn *middel* moeten aanhalen? — JA.

Arrest van 28 December 1888, n° 3052 . . . . . blz. 377.

A. 53 volg. Zie het arr. van 22 Junij 1888, blz. 262.
A. 96. Zie de Beschikking van 20 Maart 1888, blz. 119.
A. 99. Zie de Beschikking van 20 April 1888, blz. 179.

ALGEMEENE BEPALINGEN VAN WETGEVING.

A. 3. Zie het arrest van 10 Febr. 1888, blz. 52.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 138 j° 207. Is bij a. 138 B.-W. bepaald, dat huwelijken tusschen Nederlanders of tusschen Nederlanders en vreemdelingen in een vreemd land aangegaan geldig zijn, indien die naar den vorm, in dat land gebruikelijk, zijn voltrokken, mits de afkondigingen hier hebben plaats gehad? — JA.

Is bij a. 207 B.-W. de werking der huwelijksvoorwaarden ten aanzien van derden afhankelijk gemaakt van de overschrijving der huwelijksvoorwaarden in het register gehouden ter griffie der regtb. van het arrondissement, binnen hetwelk de akte van huwelijksvoltrekking moet zijn overgeschreven? — JA.

Arrest van 12 October 1888, n° 3035, ... , blz. 286.

A. 141 en v. Zie het arr. van 10 Febr. 1888, blz. 83.

A. 164. Moet het bij a. 164 B.-W. bedoelde regtsvermoeden beperkt worden tot het geval dat de echtelieden in de echtelijke woning te zamen wonen? — NEEN.

Kan de aldaar bedoelde veronderstelde bewilliging te niet gedaan worden door het enkele feit, dat de vrouw niet in de echtelijke woning verblijf houdt? — NEEN.

Arrest van 24 Februarij 1888, n° 3007 , ... blz. 97.

A. 169 j° a° 798 B.-R. Behoeft de vrouw, in geval van strijd tusschen haar belang en dat van haren man, met het oog op a. 169 B.-W., 's regters voorafgaande magtiging tot het verschijnen in regten ook dan wanneer de man haar zijne magtiging wil verleenen, immers door woord en daad daarvan blijk geeft? — NEEN.

Moet a. 798 B.-R. ten deze tot eene andere beslissing leiden? — NEEN.

Kan de man de hier bedoelde toestemming ook stilzwijgend verleenen? — JA.

Moet het feit dat de man niet heeft tegengesproken het door de vrouw gedaan verzoek om gratis te procederen, als zoodanige toestemming beschouwd worden? — JA.

Arrest van 26 April 1888, n° 3021, ... blz. 182.

A. 182 in fine j° a° 1658. Blijven in het geval bedoeld bij a. 182 i. f. B.-W., wanneer tusschen de echtgenooten heeft bestaan algeheele gemeenschap van goederen, alle roerende en onroerende *goederen* en al de *schulden*, zoowel die vóór en gedurende het

huwelijk als die na de ontbinding daarvan verkregen of gemaakt, tot de gemeenschap behooren, zoodat zij tusschen den langstlevende echtgenoot en zijn kinderen gemeen zijn, totdat die zullen zijn verdeeld? — JA.

Is de zin der bepaling van gemeld a., dat de gemeenschap ten voordeele van de minderjarigen voortduurt, als zijnde alleen in het belang der minderjarigen gemaakt, deze dat de minderjarigen bij de ontbinding der gemeenschap door den op te maken inventaris het regt hebben te onderzoeken welke de toestand van den gemeenschappelijken boedel was bij de ontbinding van het huwelijk en dien toestand met den tegenwoordigen te vergelijken, om hun aandeel te berekenen naar den voor hen meest voordeeligen maatstaf? — JA.

Volgt hieruit ook dat de voortduring der gemeenschap met de meerderjarigheid ophoudt en dus, indien er meerdere kinderen zijn, met betrekking tot hem die meerderjarig wordt, op dit tijdstip eindigt? — JA.

Staat derhalve de minderjarige, meerderjarig geworden, tot de voortgeduurd hebbende gemeenschap, zooals die was toen hij meerderjarig is geworden, in dezelfde regtsverhouding als ieder medeeigenaar van een gemeenschappelijken boedel tot dien boedel, zoodat voor de schulden van die gemeenschap de daartoe behoorende goederen niet in executoriaal beslag kunnen genomen worden, tenzij de executie mede tegen den meerderjarig geworden minderjarige is gerigt? — JA.

Arrest van 20 April 1888, n° 3018, ... blz. 163.

A. 207. Zie op a. 138.

A. 412. Veronderstelt de magt in a. 412 B.-W. aan den kntr toegekend om eene testamentaire voogdbenoeming te bekrachtigen, de bevoegdheid om die bekrachtiging te weigeren, indien de kntr meenen mogt, dat de benoeming niet is in het belang der minderjarige? — JA.

Is de door den kntr. geweigerde bekrachtiging eener testamentaire voogdbenoeming en de daaropvolgende benoeming door den kntr een vonnis? — NEEN.

Beschikking van 20 April 1888, n° 3020, ... blz. 179.

A. 415 en 388. Is hooger beroep toegelaten van de beschikking des kantonregters, waarbij de door de meerderheid der familieleden aangeduide persoon tot voogd is benoemd? — NEEN.

Zijn de bij de voogdij-benoeming te hooren bloed- of aanverwante *belanghebbenden* in den zin van a. 345 B.-R.? — NEEN.

Beschikking van 27 Julij 1888, n° 3034, ... blz. 283.

A. 417 en 431. Is de regter van de woonplaats des toezienden voogds bevoegd om op diens verzoek in de opengevallen voogdij te voorzien, indien de voogd zijne woonplaats naar het buitenland heeft overgebragt en de voogdij dientengevolge opengevallen is? — JA.

Beschikking van 8 Mei 1888, n° 3024, ... blz. 213.

A. 523 Heeft de uitdrukking »wettig zaamgeroepene vergadering" in gemeld a. 8, op het oog zoodanige oproeping als a. 523 B.-W.

mèt de benaming »openbare dagvaarding" aanduidt, dan wel alleen eene behoorlijke, voldoende bekendmaking? — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Arrest van 26 April 1888, n° 3022, ... blz. 193.

A. 593, 721 B.-W. en 173 B.-R. Is alle feitelijk gebruik of genot, hetwelk ten aanzien van erfdienstbaarheden, wier vatbaarheid voor bezit niet door het tweede lid van a. 593 B.-W. wordt uitgesloten, het karakter heeft van de uitoefening van zoodanige erfdienstbaarheid, als bezit dier erfdienstbaarheid aan te merken, wanneer hij die dit gebruik of genot heeft, het als uitoefening van erfdienstbaarheidsregt wil doen gelden? — JA.

Vordert a. 721 B.-W. alleen dat de last die op het lijdend erf drukt, tot gebruik en ten nutte van het heerschend erf strekke dan wel dat er noodzakelijkheid bestond om het eerste aldus ten behoeve van het laatste te bezwaren? — IN EERSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Is het regt om een beerput van een perceel te doen loozen op het riool van een ander perceel te beschouwen als eene voortdurende erfdienstbaarheid? — JA.

Indien partijen het over ter zakè dienende en afdoende daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten mag de regter alsdan het verzoek om zich van dat bewijsmiddel te bedienen, weigeren? — NEEN.

Mag de regter het verzoek om van eenige ter zake dienende en afdoende daadzaak het bewijs te leveren, afwijzen, op grond dat die daadzaak niet in de dagvaarding is vermeld? — NEEN.

Indien in een procedure op korten termijn eene der partijen feiten aanvoert, waarover zij getuigen wil doen hooren, heeft alsdan de andere partij de bevoegdheid om de bestaanbaarheid van dat bewijs te bestrijden of wel de gestelde feiten te ontkennen op de teregtzitting, waarover a. 137 B.-R. handelt, op welke teregtzitting overigens volgens dat a., ook uitstel kan worden verleend, wanneer eene der partijen dit in haar belang verzoekt? — JA.

Arrest van 2 November 1888, n° 3039, ... blz. 298.

A. 596. Zie op a. 667, al. 1.

A. 604—625 j° 1692. Is tegen de vordering der nu eischers, optredende als Kerkvoogden van de Hervormde Gemeente te Nederhorst den Berg, ingesteld om in het bezit hersteld en gehandhaafd te worden van het kerkgebouw dier gemeente, de exceptieve verwering: »dat de eischers de hoedanigheid van Kerkvoogden niet bezitten", teregt door de regtb. vooraf onderzocht, en, toen het aan hen eischers gevorderd bewijs niet geleverd werd, toegewezen? — JA.

Arrest van 19 October 1888, n° 3036 , ... blz. 291.

A. 625 en v. Zie op a. 1902.

A. 629 j° 1401. Komt het alleen den *judex facti* toe, uit de dagvaarding, in verband met de verdere dingtalen en de juridieke contenance van partijen te bepalen den aard en de strekking eener ingestelde regtsvordering? — JA.

Is het den regter geoorloofd, indien hij door het gevoelen van

deskundigen overtuigd is, dit geheel te volgen en daaraan zijne beslissing te ontleenen? — JA.

Arrest van 6 April 1888, n° 3017, ... blz. 158.

A. 667, al 1 j° a° 596; a. 1495, 1777 en 1778. Moet de verkooper eener zaak, die ten gevolge van een beding opgenomen in de tusschen hem en den kooper gesloten koopovereenkomst, de verkochte zaak tot nadere opzegging in bruikleen behoudt, geacht worden dadelijk na het sluiten der overeenkomst voor den kooper te hebben aangevangen te bezitten? — JA.

Arrest van 19 November 1888, n° 3039,. . . . . blz. 310.

A. 721 Zie op a. 593.
A. 881. Zie op a. 1902.
A. 950. Zie op a. 1902.
A. 1212. Zie op a. 1902.
A. 1223, al. 2. Kan de eerste hypotheekhouder, die krachtens de bedongen onherroepelijke volmagt het verbonden goed verkocht heeft, slechts de kosten welke om tot den verkoop te geraken moesten worden aangewend, uit de opbrengst verhalen? — JA.

Arrest van 17 Februarij 1888, n° 3006,. . . . . . blz. 91.

A. 1309. Belet dit a. hem, die de nakoming eener verbindtenis gevorderd heeft, om, nadat hij in zijne poging om de wederpartij daartoe te noodzaken niet is geslaagd, de ontbinding te vragen? — NEEN.

Arrest van 6 Januarij 1888, n° 2099, ... blz. 1.

A. 1331. Zie op a. 879, al 2.
A. 1332 en v. Zie op a. 1902.
A. 1377. A. 1485—1490. Is het beweren juist, dat het Hof zou hebben beslist, dat tegen de vordering der verhuurders niet zou gelden het bewijs zijner wanpraestatie? — NEEN.
Heeft het Hof, alleen op feitelijke gronden aangenomen dat het bewijs van de vordering der eerste geïntimeerde in zijn geheel bleef, omdat uit de gestelde feiten het bewijs der beweerde wanpraestatie nooit kon worden afgeleid? — JA.
Is van eene vordering tot nietig-verklaring eener akte en van eene vordering tot hare vernietiging de strekking gelijk? — JA.

Arrest van 27 Januarij 1888, n° 3003*, ... blz. 385.

A. 1401. Verpligt a. 1401 B.-W. tot vergoeding niet alleen van geleden nadeel, maar ook van winstderving, welke het regtstreeksch gevolg is van eene onregtmatige daad? — JA.
Is de *judex facti* vrij in de bepaling van het bedrag van zoodanige winstderving? — JA.

Arrest van 15 Junij 1888, n° 3029, ... blz. 247.

A. 1402. Zie op a. 1962.
A. 1417. Zie op a. 1962.
A. 1435. Laat de wet eene uitzondering toe op den bedoelden regel in eene procedure tot rekening en verantwoording? — NEEN.
Is de toepasselijkheid van den regel in a. 1435 B.-W. gesteld uitge-

A. 1902, 1959. Zijn op het bewijs van het bestaan eener gewoonte waarnaar de wet verwijst, de wettelijke regels omtrent het bewijs toepasselijk? — NEEN.

Is de regter bevoegd uit zijne eigene wetenschap het bestaan eener gewoonte aan te nemen? — JA.

Kan de *judex facti* a. 1959 B.-W., door de hem aldaar overgelaten beoordeeling of zekere feiten gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander overeenstemmend genoeg zijn om als vermoedens te gelden, verkeerd toepassen? — NEEN.

Arrest van 30 November 1888, n° 3045, ... blz. 340.

A. 1902, 1962. Is het door verjaring of op andere wijze verkrijgen van den eigendom aan een *gedeelte* van een stuk land, dat vroeger een ander geheel heeft gevormd, regtens bestaanbaar? — JA.

Arrest van 30 November 1888, n° 3046 , ... blz. 345.

A. 1917. Zie het arrest van 12 Januarij 1888, blz. 10.

A. 1952, 1959. Zie op a. 1977.

A. 1954, al. 2. Sluit, waar dezelfde handeling de grondslag uitmaakt van twee vorderingen en overigens de vereischten bij a. 1954, al. 2, B.-W. gesteld om het gezag der *res judicata* te kunnen inroepen, de omstandigheid dat in ieder dezer zaken eene andere reden werd opgegeven waarom die handeling het gevorderde zoude wettigen, de toepasselijkheid van gemelde bepaling uit? — NEEN.

Arrest van 20 Januarij 1888, n° 3003, ... blz. 37.

A. 1959. Zie op a. 1902.

A. 1960. Zie op a. 1902.

A. 1961. Is het verbod, vervat in a. 1961 B.-W. alleen toepasselijk indien de erkende partij zich uitdrukkelijk op dat verbod heeft beroepen? — NEEN.

Arrest van 20 April 1888, n° 3019, ... blz. 173.

A. 1961. Is a. 1961 B.-W. geschonden door eene bekentenis ten nadeele van hem die haar heeft afgelegd te splitsen, in stede van haar geheel als waar aan te nemen? — JA.

Arrest van 16 November 1888, n° 3041 , ... blz. 320.

A. 1961. Moet ingevolge a. 1961 B.-W., de eischer die zich wil beroepen op de erkentenis des gedaagden van feiten, waaruit diens aansprakelijkheid kan voortvloeien, tevens laten gelden de bijvoegingen des gedaagden, welke die aansprakelijkheid opheffen? — JA.

Arrest van 16 November 1888, n° 3043 , ... blz. 329.

A. 1962. Zie op a. 1902.

A. 1962 en v.; a. 1417, 1402, 1463. Is de eischer te onregte niet-ontvankelijk geoordeeld om door productie van nader bewijs herstel te zoeken van grieven, die hem door een in kracht van gewijsde gegaan arr. zouden zijn toegebragt? — NEEN.

Arrest van 23 November 1888, n° 3044, ... blz. 334.

A. 1977, 1978 js as 1902, 1903, 1952, 1959. Laat de wet de keuze aan welke der partijen de eed zal worden opgelegd geheel en al aan den regter over, zoodat aan het oordeel van den regter in cassatie zijn onttrokken de motieven, waardoor de *judex facti* zich bij die keuze heeft laten leiden? — JA.

Arrest van 18 Mei 1888, n° 3025, ... blz. 215.

A. 2014. Zie het arrest van 22 Junij 1888, blz. 254.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

A. 22. Zie het arr. van 10 Febr. 1888, blz. 83.
A. 134. Zie het arr. van 21 Dec. 1888, blz. 358.
A. 160 j° a° 2014 B.-W. Mag de man zonder medewerking zijner vrouw hare onroerende goederen vervreemden en bezwaren? — JA.

Arrest van 22 Junij 1888, n° 3030, ... blz. 254.

A. 276, 248 en 637. Is het beroep in cassatie tegen een interlocutoir arr. houdende toelating, tot getuigenbewijs ontvankelijk wanneer hij wien dat bewijs is opgedragen zich bij de beteekening van dat arr. het regt van beroep in cassatie daartegen heeft voorbehouden, ook dan wanneer dat voorbehoud niet bij het getuigenverhoor zelf is herhaald? — JA.

Arrest van 29 Junij 1888, n° 3032, ... blz. 265.

A. 302—307 js as 246 v. K. en 1703 B.-W. Wanneer door iemand op zijn eigen leven eene levensverzekering is gesloten na zijn dood aan zijne weduwe uit te betalen, is alsdan na zijn overlijden laatstgenoemde tot de verzekerde som geregtigd *krachtens haar eigen regt* uit de overeenkomst door haren eigen man ten haren behoeve gesloten? — JA.
Kan bij zoodanige overeenkomst sprake zijn van schenking zooals die bij de a. 1703 vlg. B.-W. is geregeld, hetzij van de uitkeering zelve hetzij van de door den overleden man ter voldoening aan de overeenkomst betaalde premiën? — NEEN.

Arrest van 29 Junij 1888, n° 3033, ... blz. 275.

A. 750, 2° litt. f. Zijn bij a. 750, 2°, litt f, bedoeld alle vorderingen wegens leverantien van scheepsbenoodigdheden, dan wel alleen de zoodanige die gestrekt hebben tot onderhoud of reparatie van het schip? — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Arrest van 7 December 1888, n° 3047, ... blz. 351.

A 764. Heeft een in het buitenland uitgesproken faillissement hier te lande dezelfde regtsgevolgen als een faillissement dat in Nederland uitgesproken is? — NEEN.

Beschikking van 5 April 1888, n° 3016, ... blz. 141.

A. 770, 823 en volgg. Moet de curator in een faillissement worden aangemerkt als waarnemer van de belangen des boedels

en als vertegenwoordiger der schuldeischers, te wier behoeve hij den boedel beheert? — JA.

Sluit dit uit dat de curator bij de verificatie der schulden optredende tegen de schuldeischers van den failliet, optreedt als vertegenwoordiger van dezen? — NEEN.

Volgt hieruit dat de curator niet is te beschouwen als derde ten aanzien van de schuldeischers, die tegenover den failliet opoptreden en verificatie hunner vorderingen vragen, en dat derhalve de curator zich tegenover den schuldeischer die verificatie zijner schuldvordering vordert, niet kan beroepen op a. 1917 B.-W.? — JA.

Arrest van 12 Januarij 1888, n° 3000, ... blz. 10.

A. 859 j° 855. Moet ingevolge a. 859 j° a. 855 de eerste hypothecaire crediteur, die krachtens het beding van a. 1223, al. 2, B.-W. het verbonden goed verkocht heeft, in geval van faillissement, hetgeen het verkochte perceel meer heeft opgebragt dan het hem als eersten hypotheekhouder verschuldigde, uitkeeren aan den curator.? — JA.

Behoort de meerdere opbrengst tot de baten van den faillieten boedel, die de curator bij het eindigen, van zijn beheer moet verantwoorden, zoodat de curator wel degelijk geacht moet worden bij de opvordering van het bedrag belang te hebben? — JA.

Arrest van 17 Februarij 1888, n° 3006 , . , . . . blz. 91.

A. 879, al. 2. j° a° 1331 B.-W. Kennen deze wetsa. den endossant van een wissel, als borg, regt van verhaal toe tegen den trekken als hoofdschuldenaar, tot schadeloosstelling? — JA.

Arrest van 15 Junij 1888, n° 3028 , ... blz. 238,

BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

A. 4, 5 en 130. Zie het arr. van 19 Oct. 1888, blz. 291.

A. 46, al. 3. Is de regter bevoegd om, wanneer bij interlocutoir den gedaagde, op grond dat de eischer geen bewijs had geleverd, was opgelegd een door den eischer subsidiair opgedragen decisoiren eed te zweren, terwijl reeds vóór die uitspraak de gedaagde was overleden, alsdan bij eindvonnis andermaal in een onderzoek omtrent het bewijs der gestelde feiten te treden en, deze bewezen achtende alsnog de vordering toe te wijzen? — JA.

Arrest van 28 December 1888, n° 3050. . . . . blz. 368.

A. 51 en v., 56, 45 js as 298 sqq. Heeft het Hof bij zijn beklaagd arr., teregt verstaan dat door »provisionele voorzieningen" worden verstaan die toewijzingen, welke bestemd zijn om, hangende het geding over de hoofdzaak, gevolg te hebben, en behoort daartoe niet de toewijzing van een gedeelte der bij dagvaarding gedane vordering, op grond alleen dat deze niet werd betwist? — JA.

Is eene beschikking over dat gedeelte een eindvonnis? — JA.

Arrest van 1 Maart 1888, n° 3008, ... blz. 103.

A. 56, 57 en 332. Is, waar door den eischer is afgezien van de oorspronkelijke door hem gedane hoofdvordering doch niet van

de daarnevens gedane vordering tot betaling der proceskosten, de appellabiliteit van de uitspraak omtrent laatstbedoelde vordering uitsluitend afhankelijk van de vatbaarheid voor hooger beroep van de hoofdvordering? — JA.

Arrest van 22 Junij 1888, n° 3031, ... blz. 262.

A. 56 en 59. Schrijven a. 156 der vorige Grondwet (in dit opzigt overeenstemmende met a. 161 der nieuwe Grondwet) en a. 59. 3° B.-R. alleen voor dat de vonnissen met redenen moeten omkleed zijn, zonder iets te bepalen omtrent de wijze waarop dit moet geschieden? — JA.

Volgt hieruit dat, op grond alleen van onvolledigheid der motieven, een vonnis niet ter zake van schending van genoemde a. in verband met a. 20 R.-O. kan vernietigd worden? — JA.

Arrest van 23 Maart 1888, n° 3013, ... blz. 122.

A. 59. Zie op a. 343.

A. 137. Zie het arr. van 2 Nov. 1888, blz. 298.

A. 203. Staat de vraag of in geval van a. 203 de gestelde feiten ter zake dienende en afdoende zijn, geheel ter beoordeeling van den *judex facti?* — JA.

Arrest van 28 December 1888, n° 3052, ... blz. 377.

A. 285. Is tot interventie bevoegd hij voor wien de toewijzing eener tusschen derden aanhangige vordering winstderving ten gevolge kan hebben? — JA. (*Koloniaal appèl*).

Arrest van 26 October 1888, n° 3038, ... blz. 296.

A. 231. Bedreigt de wet ergens eene nietigheid tegen de niet nakoming der bepaling van a. 231 B.-R. (dat het berigt van deskundigen met redenen moet zijn omkleed,) zoodat de regter van een niet met redenen omkleed berigt van deskundigen geen gebruik zou kunnen maken? — NEEN.

Arrest van 1 Maart 1888, n° 3009, ... dlz. 107.

A. 332. Zie op a. 56.

A. 343, j° a° 5 n° 3; a. 344, a. 59, 1°. Is het beroep in cassatie toegelaten tegen eene in hooger beroep gewezen uitspraak, waarbij het verzoek van den appelant om dag van pleidooi is afgewezen, op grond dat op de procureursakte, ten gevolge waarvan het hooger beroep op de rol was gebragt, niet kon worden voortgeprocedeerd en het appel derhalve niet kon geacht worden op regelmatige wijze te zijn aanhangig gemaakt? — JA.

Moet luidens a. 343 en 5, n° 5, B.-R., de dag en het uur waarop de geïntimeerde in regten moet verschijnen, in de dagvaarding, waardoor het hooger beroep wordt aangevangen, worden opgegeven? — JA.

Vloeit uit eenige wettelijke bepaling de bevoegdheid van den appellant voort om, met instandhouding der dagvaarding, de daarbij aangewezen teregtzitting door eene andere te doen vervangen? — NEEN.

Volgt hieruit dat tenzij de geïntimeerde van het hem bij a. 344 toegekende regt tot vervroeging van den termijn gebruik maakt of in een anderen termijn bewilligt, het hooger beroep op

geene andere teregtzitting dan op de daarvoor bij de dagvaarding aangewezene, kan worden aangebragt? — JA.

Is de naleving van het voorschrift van a. 59, 1°, op straffe van nietigheid voorgeschreven? — NEEN.

Arrest van 3 Mei 1888, n° 3023, ... blz. 208.

A. 344. Zie op a. 343.

A. 345, 2°, lid j° a° 428 (zooals dit is gewijzigd bij wet van 26 Junij 1876, *St* n° 124). A. 332 j° 415. Zie de beschikking van 20 Maart 1888, blz. 119.

A. 345, Zie beschikking van 27 Julij 1888, blz. 283.

A. 345. Is waar de wet voor een bepaald geval een bepaalden vorm of wijze voor het hooger beroep van eene regterlijke uitspraak heeft voorgeschreven, iedere andere wijze om daarvan in hooger beroep te komen daardoor uitgesloten? — JA.

Is de uitspraak gedaan op eene vordering tot verklaring in staat van kennelijk onvermogen, vermits de vordering moet worden gedaan bij verzoekschrift en het daarbij niet betreft eene, na behandeling ter rolle, ter openbare teregtzitting uit te spreken beslissing, te beschouwen als eene beschikking op request, waartegen ingevolge a. 345 B.-R., het hooger beroep insgelijks bij requeste moet worden aangebragt? — JA.

Arrest van 16 November 1888, n° 3042, ... blz. 323.

A. 382. n° 3. Is het den verw. in cassatie veroorloofd incidenteel in cassatie te komen tegen dat gedeelte van het bestreden arr., waarbij de verwerping door de regtb. van de door den verw. voorgestelde exceptie van gewijsde zaak is bevestigd? — JA.

Arrest van 20 Januarij 1888, n° 3003, ... blz. 37.

A. 406 j° 4, 6°. Is de voorziening in cassatie ontvankelijk, wanneer, gelijk *in casu*, tijdens het uitbrengen der daartoe betrekkelijke dagvaarding, een der in cassatie gedagvaarde mede-verweerders, die in eersten aanleg oorspronkelijk gedaagde en hoofdpartij was in het geding, reeds overleden was? — NEEN.

Arrest van 23 Maart 1888, n° 3014, ... blz. 128.

A. 409. Kan eene bewering, rustende op een geheel nieuwen feitelijken grondslag voor het eerst in cassatie worden te berde gebragt? — NEEN.

Arrest van 10 Februarij 1888, n° 3005, ... blz. 83.

A. 423. Zie de beschikking van 5 April 1888, blz. 141.

A. 447, 448; 756, 757. Zijn deze a. van toepassing ingeval van faillissement? — NEEN.

Arrest van 13 Januarij 1888, n° 3001, ... blz. 22.

A. 756, 757. Zie op a. 447.

A. 798. Zie het arr. van 26 April 1888, blz. 182.

A. 875. Is tegen de uitspraken der hoven, regtbanken en kantongeregten aangaande de toelating om kosteloos te procederen een beroep in cassatie ontvankelijk? — NEEN.

Beschikking van 19 October 1888, n° 3037, . . blz. 295.

NEDERDUITSCHE HERVORMDE KERK.

Algemeen Reglement van 1 Mei 1852.

Toezigt op het Kerkelijk Beheer der Hervormden (kon. besluit van 9 Februarij 1888, *St.* n° 10).

Universè. Bevatten de Reglementen van het zedelijk ligchaam, de kerkelijke gemeente te Tjamsweer wel degelijk bepalingen betreffende het stemregt, zoodat het geval in a. 1696 B.-W. voorzien, *in casu* niet aanwezig is? — JA.

Arrest van 29 Maart 1888, n° 3015, ... blz. 134.

Algemeen Reglement der Ned. Hervormde Kerk van 1859.

A. 7 j° a° 4. Was volgens a. 7 van het Reglement der Nederduitsche Hervormde Kerk van 1859 en is daarna steeds gebleven een vereischte voor het lidmaatschap der Commissie tot het bestuur voor de kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente, het lidmaatschap der Nederduitsche Hervormde Kerk, zoodat het verlies van dit lidmaatschap het verlies van het lidmaatschap dier Commissie ten gevolge heeft? — JA.

Heeft de Nederduitsche Gereformde Kerk te Amsterdam (doleerend), eene eigene organisatie en staat zij geheel buiten het Synodaal verband der Nederlandsche Hervormde Kerk, zooals dat bij a. 4 van het Algemeen Reglement is omschreven? — JA.

Volgt hieruit dat toetreding tot laatstgemeld Kerkgenootschap het lidmaatschap der Nederduitsche Hervormde Kerk doet verloren gaan? — JA.

Arrest van 15 Junij 1888, n° 3027, ... blz. 21.

Zie ook het arrest van 19 October 1888, blz. 291.

Reglement van bestuur over het Hervormde Bestedelingenhuis van 1849.

A. 8. Moet aan dit a. volkomen dezelfde bindende kracht worden toegekend als aan de overige bepalingen van dit Reglement? — JA.

Arrest van 26 April 1888, n° 3022, ... blz. 193.

NATIONALE MILITIE.

(Wet van 19 Augustus 1861, *St.* n° 72).

A. 72, 73. Behoort het sluiten eener geldelijke overeenkomst tot de vereischten ter aanbieding van een plaatsvervanger in de Nationale Militie? — NEEN.

Arrest van 25 Mei 1888, n° 3026, ... blz. 218.

SPOORWEGEN.

Spoorweg-overeenkomst Rotterdam—Arnhem—Monster, van 1 Mei 1873.

Kan een beroep op gebruik of billijkheid tot grondslag eener vordering strekken, indien zoodanig beroep in strijd is met eene aangegane overeenkomst? — NEEN.

Is door de overdragt aan een derde door de verkrijgers van eene concessie hun op 1 Mei. 1873 door de Regering verleend voor een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem, het door de concessionarissen, ingevolge a. 56 der concessie, gestorte waarborgkapitaal vrij geworden van het daarop ten behoeve van den Staat gelegd verband? — NEEN.

Ontheft de omstandigheid dat, tengevolge van de daad van eene der partijen, de wederpartij voor een deel aan hare contractueele verpligtingen niet kon voldoen, haar van de verpligting om daaraan wel te voldoen, voor dat gedeelte waarvoor zij daarin door de daad der andere partij niet verhinderd is? — NEEN.

Volgt uit a. 56 der bedoelde concessie, houdende dat tot waarborg voor het naleven der concessie door concessionarissen moet worden gestort op 1 Mei 1873 een waarborgkapitaal ter somma van *f* 400,000, welke »storting geschiedt op een aan te wijzen landskantoor in Nederlandsche munt of staatseffecten," dat die effecten evenmin als de munt aan den Staat wordende in pand gegeven tot waarborg van de eene of de andere schuldvordering, maar alleen ter keuze van den concessionaris, en in zijn belang in plaats van munt, aan den Staat worden ter hand gesteld tot het vereischte bedrag, tot waarborg van het nakomen der concessie door den concessionaris, zoodat bij niet-nakoming het kapitaal, hetzij aan munt, hetzij aan effecten, ten behoeve van den Staat zoude zijn verbeurd? — JA.

Voigt hieruit dat bij niet-nakoming der concessie, het gestorte, zoowel het geld als de effecten, volgens a. 38 der concessie, tot eene waarde van *f* 400,000, het eigendom van den Staat wordt, en dat deze derhalve geregtigd is de renten van het gestorte van het oogenblik van verval af, te trekken, onverschillig of de effecten al dan niet op den dag van het verval zijn te gelde gemaakt? — JA.

Is in het onderhavige geval sprake van pand, dan wel van eenen in geld of effecten bestaanden waarborg voor de nakoming van zekere verpligtingen, onverschillig of door de niet-nakoming daarvan schade is toegebragt of niet? — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Volgt hieruit dat de Staat, in geval van niet-nakoming, volkomen bevoegd was de effecten of de gelden tot zich te nemen of te verkoopen? — JA.

Arrest van 10 Februarij 1888, n° 3004, ... blz. 52.

Reglement voor het vervoer op de spoorwegen (vastgesteld bij Kon. besluit van 9 Januarij 1876, *St.* n° 7).

Universé. Gaat dit Alg. Regl. uit van het beginsel, dat bij geheel of gedeeltelijk verlies en bij beschadiging, de geheele geledene schade zal worden vergoed tot op zeker maximum? — JA

Arrest van 9 November 1888, n° 3040, ... blz. 315.

VOORKOMING VAN AANVARINGEN OP RIVIEREN, STROOMEN EN KANALEN.

(Kon. besluit van 13 Junij 1875, n° 119).

A. 12 en 18. Kan het Hof, na in het beklaagde arr. onderscheidene feiten en omstandigheden als vaststaande te hebben vermeld,

gezegd worden den nu verw. in cassatie ontslagen te hebben van de op hem rustende verpligting tot het leveren van bewijs van de door hem gestelde feiten? — NEEN.

Moet het feit, dat de kapitein der stoomboot, op een afstand van slechts vijf bootslengten van de tjalk verwijderd zijnde, plotseling het roer wendde én met volle kracht in schuinsche rigting naar den kant van den anderen oever stoomde, met regt beschouwd worden als daarstellende gebrek aan oplettendheid, kunde en zeemanschap, waarvan de aanvaring van het tjalkschip het onvermijdelijk gevolg werd? — JA.

Arrest van 20 Januarij 1888, n° 3002, ... blz. 29.

BEHEER DER RIVIERPOLDERS IN GELDERLAND.

(Reglement van 1879—1880).

Is bij het aangevallen arr. teregt door het Hof geoordeeld, dat de kosten van aanberming van den dijk in het district Bommelerwaard boven den Meidijk bevolen, niet konden worden gebragt ten laste van de onderhoudpligtige stad, maar moeten blijven ten laste van het District? — JA.

Arrest van 28 December 1888, n° 3053, ... blz. 379.

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

DEEL LIV.

N⁰ 2099. — Arr. van 6 Januari 1888

(A. 1303 B.-W.)

Belet a. 1303 *B.-W. hem, die de nakoming eener verbindtenis gevorderd heeft, om, nadat hij in zijne poging om de wederpartij daartoe te noodzaken niet is geslaagd, de ontbinding te vragen?* — NEEN.

Namens den Proc-G. heeft de Adv-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In 1876 verkochten de auteurs van partijen aan den eersten eischer in cassatie onroerend goed voor *f* 25.200.— welke som blijkens akte volledig zou zijn betaald. In den boedel van die verkoopers werd later slechts gevonden eene acceptatie groot *f* 3000.— van denzelfden eischer. Daarop werd die eischer op vordering der mede-erfgenamen veroordeeld om de onbetaalde kooppenningen ad *f* 22 200 in te brengen Bij de daarna gevolgde boedelscheiding werd hem toebedeeld de voormelde acceptatie ad *f* 3000

en de vordering ad *f* 22.200 aan de andere regthebbenden, waaronder deze verweerders.

„Toen intusschen de verweerders te vergeefs gepoogd hadden betaling van de koopsom te erlangen, hebben zij de actie tot ontbinding van het koopcontract ingesteld en in beide instantiën is hun die vordering toegewezen

„Tegen het in hooger beroep gewezen arr. van het Geregtshof te Leeuwarden wordt thans als *eerste middel* aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1301, 1302 en 1303 j° a° 1553 B.-W., door te beslissen dat de vordering tot ontbinding van het koopcontract, waarover geschil, nog is ontvankelijk en door verder die vordering toetewijzen, terwijl feitelijk vaststaat:

„*a* dat reeds vroeger is geprocedeerd tot nakoming van het koopcontract door in regten inbreng der restante kooppenningen ad *f* 22.200 — in den toen tusschen de oorspronkelijke eischers en den kooper en consorten bestaanden gemeenschappelijken boedel te vragen;

„*b*. dat de bevolen boedelscheiding heeft plaats gehad, waarbij de restante kooppenningen, tot inbreng waarvan de kooper was veroordeeld, onder de erfgenamen zijn verdeeld, zoodat de vordering tot nakoming, gelijk die was ingesteld, ten volle is ten uitvoer gelegd.

„Ten aanzien van het eerste gedeelte van het *middel* komt het mij voor, dat feitelijk bij het beklaagde arr. wordt aangenomen, dat na den bij het vroegere arr. gegeven last aan den eischer, om de onbetaalde kooppenningen te voldoen aan, of te verrekenen met zijne mede-erfgenamen en alzoo het koopcontract na te komen, thans de ontbinding van datzelfde contract is gevorderd en toegewezen.

„De eischer oordeelt zulks in strijd met a. 1303 B.-W., hetwelk aan dengene, ten wiens opzigte eene verbindtenis niet is nagekomen, alleen de *keus* laat om, òf nakoming,

òf ontbinding te eischen; hier daarentegen is eerst nakoming, *daarna* ontbinding gevraagd in plaats van zich tot de keuze van éène der beide actiën te bepalen.

„Voor eene uitlegging van a. 1303 moet men niet tot het Romeinsche regt recurreren, vermits het woordelijk is overgenomen uit a 1184 *C.-C*, welk a juist met afwijking van het Romeinsche regt, ontleend is aan het oude Fransche regt.

„De Fransche schrijvers en jurisprudentie door den Raadsman van de verweerders geciteerd (waarbij ik voeg DALLOZ, *Rep.*, *Vente* n⁰ 1355, TROPLONG, *Vente* n⁰ 656, MARCADÉ IV, n⁰ 567, en opmerk dat het arr. van 11 Dec. 1855 gevonden wordt in jaargang 1856) zijn dan ook eenparig in hun oordeel, dat wanneer de eene partij, hoezeer daartoe in regten veroordeeld, niettemin aan de verbindtenis niet voldoet, en het onbereikbaar blijkt de nakoming te erlangen, de eischer alsdan stellig het regt heeft alsnog de ontbinding te vorderen.

„Nu is wel gezegd, dat voor die opvatting slechts utiliteitsgronden worden aangevoerd, maar de woorden van a 1184 *C.-C.* weerspreken de juistheid der uitlegging, daaraan door den eischer gegeven; uit de woorden van het a. „forcer l'autre à l'exécution de la convention *s'il est possible*" blijkt, dat men de nakoming zoo het *mogelijk* is, mag zien te verkrijgen, maar niet dat de *action en résolution* dan prijsgegeven is.

„De wetgever heeft alleen verboden *cumul* van twee actien, die elkander uitsluiten, of liever wier gelijktijdige instelling onmogelijk is, vorderingen die niet *kunnen* zamen gaan Aan de ontbinding is niet stilzwijgend gerenuntieerd, wanneer nakoming *gevraagd* is; alleen nadat die verkregen is, kan geen ontbinding meer worden gevraagd; de renun-

tiatie zou welligt door partij uitdrukkelijk kunnen zijn gedaan, maar kan niet uit de wet volgen

„Omdat men de executie gevraagd heeft, wordt men van het redmiddel der verbreking van de verbindtenis niet verstoken.

„De strekking van het a. is, om aan te duiden, dat niet *alleen* overeenkomstig a. 1302 de ontbinding, maar ook nog de nakoming kan worden geëischt, als deze nog mogelijk is.

„Nakoming wordende gevorderd, kan zelfs, zoo zij uitblijft, te gelijk subsidiair ontbinding worden gevraagd. DIEPHUIS, *Systeem* X, bl. 290; DES AMORIE V. D. HOEVEN, *Regtsgel. Bijbl* II 1852, bl. 317—320)

„Bij het tweede gedeelte van het *middel* wordt beweerd, dat niet alleen de nakoming van de overeenkomst gevraagd is, maar dat zij heeft plaats gehad, vermits de bevolen boedelscheiding was tot stand gekomen, en de restante kooppenningen onder de erfgenamen zijn verdeeld. Dit deel van het *middel* mist ten eenenmale zijn feitelijken grondslag.

„De 2e overw. van 's Hofs arr. houdt in, dat de eischers veroordeeld waren geworden om te voldoen aan, of te verrekenen met hunne mede-erfgenamen buiten de *f* 3000, de *f* 22,200— restante kooppenningen; dat echter bij de voortgezette boedelscheiding die sommen *niet reëel* ter tafel zijn gebragt, maar dat aan de codividenten *hunne aandeelen in de vordering* ten laste der appellanten zijn toebedeeld, zoo dat zij dan ook hebben verklaard, bij die akte, dat hare uitvoering onmogelijk was, en zij zich alle hunne regten tegen de appellanten voorbehielden. Er heeft dus plaats gehad alles behalve nakoming der verbindtenis, bestaande in betaling of verrekening der onbetaalde kooppenningen; het fixeren van ieders aandeel in de erfenis

was niet de nakoming, waartoe de appellant veroordeeld was; de hoegrootheid van ieders deel in de vordering is BErekend, maar de vordering is niet VERrekend en nog veel minder betaald.

„Ik houd dus dit *middel* voor ongegrond

„Het *tweede middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 1339 B-W., door de vordering tot ontbinding op de wijze waarop die vordering is ingesteld toetewijzen, terwijl feitelijk vaststaat, dat de oorspronkelijke eischers zijn *pro parte* erfgenamen van een der verkoopers, dat aan hen bij de scheiding een deel der per resto verschuldigde kooppenningen is toebedeeld, dat zij de ontbinding niet vragen, zoo dat het geheele verkochte goed tot hen eischers en tot hen alleen terugkeert, en zonder dat zij tegenover den kooper in rekening brengen het aandeel wat aan de andere mede-erfgenamen van den verkooper is betaald of nog betaald moet worden.

„Als ik het *middel* wel begrijp, dan komt het hierop neder, dat de vordering verkeerd is ingesteld, omdat daarbij geen rekening zou zijn gehouden met het aandeel waarvan een mede-erfgenaam de waarde heeft ontvangen (a. 1339, al. 3) en de aandeelen die aan anderen nog betaald moeten worden.

„Dit moet n. f daarop zien, dat aan K T. B, bij de boedelscheiding, waartoe hij niet eens heeft medegewerkt, zou zijn toegescheiden de obligatie groot *f* 3000, en er alzoo geen acht wordt geslagen daarop, en op de aandeelen van andere codividenten, die niet eischende zijn opgetreden en die òf willen kwijtschelden, òf later de nakoming kunnen vragen

„De eischer in cassatie weerspreekt geenszins de bevoegdheid van den verweerder om de ondeelbare vordering tot ontbinding der koop-overeenkomst voor het geheel in te stellen.

„Nu merk ik vooreerst op, dat des eischers stelling wordt te niet gedaan door de 12e overw. van het arr., luidende, dat het *petitum* van de dagvaarding inhoudt (en dat is *facti*) de terugkeer van het verkochte niet aan hen eischers alleen, maar aan de *gezamenlijke* codividenten, mitsgaders de verklaring der eischers, dat zij kunnen gedoogen en voor goed aanzien, dat als aan hen hunne aandeelen zullen zijn verzekerd door ontbinding, scheiding en deeling van de goederen in natura, de overi. e hun eischers niet toe. ekende aandeelen, niet als *onverkocht* zullen worden aangemerkt.

„Bij de dagvaarding is dus alleen gevorderd, dat de zaken weder zouden terugkeeren tot den toestand, waarin ze zich bevonden vóór den verkoop, en zij het eigendom zouden worden van *alle* mede-erfgenamen, terwijl daarbij wel dege lijk is gelet op de regten der codividenten, aan welke het wordt overgelaten van de regtb te verzoeken, dat de ontbinding zich beperke tot die deelen alleen, waarop de oorspronkelijke eischers aanspraak hebben.

„Maar uit de referte van de niet gecompareerde erfge namen aan 's regters oordeel, blijkt allerminst van eenige geneigdheid tot kwijtschelding of voornemen om later nakoming te vragen. In ieder geval blijkt daarvan niets uit het arr., en evenmin van eenige gedane betaling, want als zoodanig kan niet gelden de toescheiding der obligatie

„De dagvaarding is zoodanig ingerigt, dat aan alle partijen de weg werd gelaten om zijne regten te handhaven, daarbij werd uitdrukkelijk gevorderd, dat de eischers *alleen hun* regt zouden erlangen; op geene andere wijze dan de onderwerpelijke, kon de eisch worden geformuleerd, doch geene der opgeroepen partijen heeft zich over dat punt uitgelaten. Geen der gevallen van a. 1339 doet zich hier voor, want er is geen schuld kwijtgescholden, en geen waarde ontvangen.

„Ook dit *middel* is daarom ongegrond; ik concludeer tot

verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischers in de kosten "

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1301, 1302, 1303 j° a° 1553 B.-W., door te beslissen dat de vordering tot ontbinding van het koopcontract, waarover geschil, nog is ontvankelijk en door verder die vordering toe te wijzen, terwijl feitelijk vaststaat: *a.* dat reeds vroeger is geprocedeerd tot nakoming van het koopcontract door in regte inbreng der restante kooppenningen ad *f* 22,200 in den toen tusschen de oorspronkelijke eischers en den kooper en consorten bestaanden gemeenschappelijken boedel te vragen; *b.* dat de bevolen boedelscheiding heeft plaats gehad, waarbij de restante kooppenningen, tot inbreng waarvan de kooper was veroordeeld, onder de erfgenamen zijn verdeeld, zoodat de vordering tot nakoming, gelijk die was ingesteld, ten volle is ten uitvoer gelegd;

„O., dat het gedeelte *a.* van het *middel* is gerigt tegen de vijfde overw. van het beklaagde arr., houdende: „dat de „appellanten bij hun beroep op a. 1303 B.-W. geheel uit „het oog hebben verloren, dat die wetsbepaling enkel het „cumuleeren van de vorderingen tot nakoming en ontbin-„ding uitsluit maar niet eens verbiedt dat beide vorde-„ringen gelijktijdig alternatief worden ingesteld, zoodat, „waar aanvankelijk doch vruchteloos is geprocedeerd tot „nakoming, de actie tot ontbinding niet is verwerkt";

„O. daaromtrent, dat a 1303 B.-W. hoofdzakelijk strekt om buiten twijfel te stellen, dat niettegenstaande bij wederkeerige overeenkomsten niet-nakoming als ontbindende voorwaarde werkt, de schuldeischer toch nog altijd bevoegd is, nakoming te vorderen;

„dat daarom aan dezen de keus wordt gegeven om òf

zijn nalatigen schuldenaar tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken òf de ontbinding der overeenkomst te eischen;

„dat echter uit het a niet volgt dat hij die de nakoming gevorderd heeft, doch in zijne poging om de wederpartij daartoe te noodzaken niet is geslaagd, zoude zijn vervallen van zijn regt om de ontbinding te vragen, vermits die bevoegdheid hem alleen dan bij de wet is ontnomen, wanneer hij zijne wederpartij tot de nakoming heeft genoodzaakt, en dat dus het eerste onderdeel van het *eerste middel* van cassatie is ongegrond;

„O., dat het tweede gedeelte van het *middel* steunt op de bewering, dat de verdeeling tusschen erfgenamen van eene vordering zou zijn tenuitvoerlegging van die vordering, welke bewering allen grond mist, daar de verdeeling waarvan *in casu* sprake is, niet is de verdeeling van de tot nakoming eener vordering betaalde gelden, maar alleen van die vordering zelve, aan welke nog niet is voldaan;

„O., dat derhalve ook het tweede gedeelte van het *eerste middel* is onaannemelijk;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgedragen: schending en verkeerde toepassing van a. 1339 B.-W., door de vordering tot ontbinding op de wijze waarop die vordering is ingesteld toe te wijzen, terwijl feitelijk vaststaat dat de oorspronkelijke eischers zijn *pro parte* erfgenamen van een der verkoopers; dat aan hen bij de scheiding een deel der per resto verschuldigde kooppenningen is toebedeeld; dat zij de ontbinding niet vragen, zoodat het geheele verkochte goed tot hen eischers en tot hen alleen terugkeert en zonder dat zij tegenover den kooper in rekening brengen het aandeel wat aan de overige medeerfgenamen van den verkooper is betaald of nog betaald moet worden;

„O., dat uit hetgeen tot staving van dit *middel* is aan-

gevoerd blijkt, dat de eischers enkel het derde lid van a. 1339 B.-W. geschonden achten, en hun beweren te dien aanzien doen steunen op de redenering dat de mede-erfgenamen die geen ontbinding vragen, moeten geacht worden dit regt, door het niet uit te oefenen, *kwijt te schelden* en zich, in plaats daarvan, hun regt, om den kooper pro parte tot betaling te dwingen, voor te behouden, welke steeds dreigende vordering de verpligting zou hebben meegebragt om met den kooper te verrekenen de aandeelen der bedoelde, geen ontbinding vragende medegeregtigden;

„O daaromtrent, dat het *middel* zijn feitelijken grondslag mist voor zoover daarbij sprake is van gedeelten der schuld die aan een of meer mede-erfgenamen zouden zijn betaald, van welke betaling uit het arr. niet blijkt;

„dat hetgeen daaruit wel blijkt, zijn feiten liggende buiten den kring der gevallen, waarover het derde lid van a. 1339 handelt;

„dat reeds uit dien hoofde het *middel* niet tot cassatie kan leiden, doch dat, ook al kon dit beletsel om in een nader onderzoek van dat *middel* te treden, geacht worden niet aanwezig te zijn, de H-R. geen schending van het aangehaalde voorschrift zou kunnen zien in de toewijzing van een eisch die, zooals uit het beklaagde arr blijkt, de regten en bevoegdheden der bedoelde mede-erfgenamen zooveel mogelijk in hun geheel laat, en dus aan het oogmerk van het derde lid van a. 1339 B-W. inderdaad voldoet;

„O, dat alzoo ook het *tweede middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N⁰ 3000. — Arr. van 12 Januarij 1888

(A. 770, 823 en volg. K.; a. 1917 B.-W.)

Moet de curator in een faillissement worden aangemerkt als waarnemer van de belangen des boedels en als vertegenwoordiger der schuldeischers, te wier behoeve hij dien boedel beheert? — JA.

Sluit dit uit dat de curator bij de verificatie der schulden optredende tegen de schuldeischers van den failliet, optreedt als vertegenwoordiger van dezen? — NEEN.

Volgt hieruit dat de curator niet is te beschouwen als derde ten aanzien van de schuldeischers die tegenover den failliet optreden en verificatie hunner vorderingen vragen, en dat derhalve de curator zich tegenover den schuldeischer die verificatie zijner vordering vordert, niet kan beroepen op a. 1917 *B.-W.?* — JA.

Bij dagvaarding voor den eischer, vertegenwoordigd door Mr. C J FRANÇOIS, adv bij den H -R, is aan den verw., in diens hoedanigheid van curator in het faillissement van F. E K. te Rotterdam, aangezegd dat de eischer H. J F., koopman in modeartikelen te Rotterdam, in cassatie komt van het 2 Mei 1887 tusschen partijen gewezen arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage en om daartegen te hooren aanvoeren de volgende *middelen* van cassatie:

„I. Schending en verkeerde toepassing van de a. 1354, 1917 en 1912 B. W., 770, 796, 797, 806, 807, 809, 813, 814, 818, 822, 825 en 834, benevens 851 K, naardien het Hof ten onregte heeft aangenomen, dat de curator in een faillissement, ten opzigte der door den gefailleerde onderteekende acten, zoude zijn te beschouwen als derde, de ten processe bedoelde onderhandsche acten, van den gefailleerde afkomstig, ten aanzien van hare dagteekening, tegen den curator geen kracht hebben dan van den dag der registratie, en alzoo aan erkende van den failliet

afkomstige onderhandsche acten, de bewijskracht heeft ontzegd, welke daaraan wettig toekomt;

„II. schending en verkeerde toepassing van a. 1978 j° 1977 B.-W, naardien het Hof ten onregte alle bewijskracht heeft ontzegd aan onderhandsche acten, welker handschrift en onderteekening tusschen partijen is erkend en op dien grond geweigerd heeft, den suppletoiren eed opteleggen;

Strekkende de dagvaarding wijders hiertoe:

„dat bij 's Raads arr. worde vernietigd het bestreden arr. van het Geregtshof te 's Gravenhage, en het vonnis der arr.-regtb. te Rotterdam, 3 April 1886 tusschen partijen gewezen, den eischer van cassatie zijne oorspronkelijke vordering — om te worden erkend en toegelaten als crediteur in het faillissement van F. E K. tot een bedrag van *f* 6177.78 met de daarop verschuldigde rente, met bevel om voor dat bedrag te worden geplaatst op de lijst der erkende crediteuren, — worde toegewezen en de verw worde verwezen in de kosten van alle instantiën."

Voor den verw., vertegenwoordigd door mr. J. VAN DER JAGT, Procureur bij den H.-R., is daarop bij conclusie geantwoord:

„A. feitelijk vaststaat, dat de eischer, toen req., ter verificatie-vergadering in het faillissement van F. E. K., voorheen kleermaker en winkelier te Rotterdam, welk faillissement is uitgesproken 27 Junij 1885 en ingegaan 23 te voren, heeft gevorderd erkend en toegelaten te worden als schuldeischer in gemeld faillissement wegens ter leen verstrekte gelden voor de navolgende bedragen:

„Op 26 Mei 1884 *f* 4000,— met rente ad 5 pCt. 's jaars, van af gemelden datum tot 21 Junij 1885, bedragende *f* 107.70.

„Op 10 November 1884 *f* 2000,— met rente ad 5 pCt. 's jaars, van af gemelden datum tot 23 Junij 1885, bedragende *f* 62 50;

„Op 28 Mei 1885 *f* 2000,— met rente ad 5 pCt. 's jaars van af gemelden datum tot 23 Junij 1885, bedragende *f* 7.50, te zamen *f* 6177 78;

„A. verw. ter gemelde vergadering en verder ten processe in qualiteit van curator de toelating van den eischer als schuldeischer voor gemeld bedrag heeft betwist, op grond dat beweerde geldverstrekkingen niet hadden plaats gehad, de deugdelijkheid der vordering niet behoorlijk was aangetoond, en uit de boeken van den gefailleerde van het bestaan dier schuldvorderingen niet bleek, integendeel de eischer daarin als debiteur voor een saldo van rekening-courant, ten bedrage van *f* 59.25 voorkwam;

„A., de eischer, ten einde zijn beweerde vorderingen te staven, heeft overgelegd drie onderhandsche geschriften van den gefailleerde, waarin deze verklaart op de voormelde data de gezegde sommen ter leen te hebben ontvangen, terwijl hij voorts bij pleidooi zijne sustenuen in zoover heeft gewijzigd, dat hij heeft beweerd de gelden achtereenvolgens op vroegere tijdstippen te hebben verstrekt, en op gezegde data eenvoudig tot afrekening te zijn overgegaan;

„A. verw de bewijskracht der voormelde onderhandsche acten *in casu* heeft bestreden, op grond dat zij eerst na den aanvang van het faillissement, immers 10 October 1885 geregistreerd zijnde, tegenover hem, curator, optredende bij de verificatie ter toetsing van de deugdelijkheid der schuldvorderingen, niet konden bewijzen dat de eischer voor de faillietverklaring de in de stukken vermelde gelden van den gefailleerde te vorderen had;

„A de regtb. te Rotterdam dit verweer aannemende, aan den eischer zijne vordering tot toelating als schuldeischer heeft ontzegd *cum expensis*, welk vonnis door het Hof is bevestigd geworden;

„A. tegen 's Hofs beslissing door den eischer *twee middelen* van cassatie zijn voorgesteld;

„A. het *eerste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1354 enz.

„A. verw. die beweerde schending en verkeerde toepassing niet kan toestemmen;

„A. toch vooreerst het Hof niet in het algemeen heeft aangenomen, dat de curator in een faillissement ten opzigte der door gefailleerde onderteekende acten zoude zijn te beschouwen als derde, maar alleen heeft overwogen, dat de curator, *optredende bij de verificatie der schuldvorderingen* niet als vertegenwoordiger of regtverkrijgende van den failliet is te beschouwen, en voorts heeft beslist, dat de eischer (toen app[t]) door de door hem geproduceerde schuldbekentenissen het bewijs niet heeft geleverd, dat hij vóór het faillissement van den gefailleerde de sommen te vorderen had, waarvoor hij wilde worden geverifieerd;

„A. deze beslissing, naar verw. vermeent, volkomen in overeenstemming is met den aard van het faillissement, met de bedoeling van de wettelijke voorschriften omtrent de verificatie en de daarbij aan den curator opgedragen taak om de deugdelijkheid der schuldvorderingen te toetsen;

„A. faillissement immers is een geregtelijk beslag, gelegd ten behoeve der gezamenlijke schuldeischers van den gefailleerde op diens boedel, met het oogmerk *casu quo*, eene executie te bewerkstelligen, en de verificatie ten doel heeft te constateeren welke schuldeischers het regt hebben in de opbrengst dier executie te deelen;

„A. alleen zij kunnen worden toegelaten te deelen, die vóór den dag van het beslag, d. i. van de failliet-verklaring, waardoor aan den failliet de beschikking over zijnen boedel werd ontnomen, eene schuldvordering hadden,

hetgeen zij tegenover hunne medeschuldeischers, zoowel gezamenlijk als individueel hebben te bewijzen;

„A. zij door onderhandsche geschriften, van den failliet afkomstig, daarvoor bewijs willende leveren, dit alleen zullen kunnen doen met akten vóór de faillietverklaring geregistreerd, vermits die akten tegenover hunne medeschuldeischers als derden, welke de akten noch onderteekend hebben, noch regtverkrijgende van den onderteekenaar (den failliet) zijn, eerst van af den dag der registratie bewijzen;

„A. immers in het algemeen schuldeischers, welke een beslag ter executie hebben doen bewerkstelligen, tegenover hunne medeschuldeischers als derden moeten worden beschouwd, gelijk is aangenomen bij arr v. d. H.-R. van 7 Dec. 1883 (*N.-Regtspr.* CXXXV, 202; v. D. HON. *B.-R.* XLIX, 74 en er geen reden kan bestaan, waarom dit bij het algemeen beslag, hetwelk faillissement wordt genoemd, anders zoude zijn;

„A. dit aangenomen zijnde, ook de curator in het verificatie-geding wel niet anders dan als derde kan worden beschouwd, daar hij immers, als vertegenwoordigende de gezamenlijke bekende en onbekende schuldeischers, door de wet belast is ter verificatie vergadering de deugdelijkheid der vorderingen te toetsen en *casu quo* te betwisten, en te waken dat alleen daartoe regthebbenden aan de executie van den boedel deelnemen;

„A. hij immers daarbij geenszins als regtverkrijgende of *ayant cause* van failliet optreedt, vermits de erkenning bij de verificatie niet verder gaat dan ter faillissement, niet is eene erkenning van den gefailleerde zelf, maar van zijne gezamenlijke schuldeischers, en niet bij voorbeeld den gefailleerden schuldenaar, die bij de verificatie geen partij is, belet later te bewijzen, dat deze of gene ten onregte op

de lijst der erkende schuldeischers is gebragt, evenmin als de niet-toelating kan verhinderen, dat de afgewezen schuldeischer na het faillissement zijn regt tegen den failliet doet gelden, zijnde hij immers door zijn afwijzing alleen uitgesloten van den concursus en de executie, met het oog waarop de verificatie plaats heeft;

„A. dus de aangehaalde a. K., voor zoover zij *in casu* toepasselijk zijn, blijkbaar juist zijn toegepast en evenzeer a 1917 in verband met de a. 1912 en 1354 B.-W.;

„A. toch de bedoeling van het a geene andere is, dan te voorkomen, dat door antedateringen regten van derden, immers van schuldeischers, worden verkort, hetgeen bij de volledige bewijskracht, welke overigens aan erkende onderhandsche geschriften wordt toegekend, waartegen, gelijk bekend, geen tegenbewijs door getuigen of anderszins is toegelaten, onverlet zou kunnen plaats hebben;

„A. als *tweede middel* door den eischer is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1978 j° 1997 B-W. enz.;

„A. echter de oplegging van den suppletoiren eed voor den regter in geen geval bij de wet verpligtend is gesteld, maar ook in de bij het a. opgenoemde gevallen facultatief is gelaten, zoodat in de niet-oplegging nooit wetschennis of verkeerde toepassing der wet kan gelegen zijn;

„A. bovendien, aannemende dat de overgelegde onderhandsche geschriften tegenover verw. eerst van den dag der registratie van kracht zijn, bij gebrek van andere aangevoerde bewijzen, elk bewijs voor de vordering ontbreekt, en de regter *a quo* alzoo het regt miste om een suppletoiren eed op te leggen;

„A. alzoo ook dit *middel*, naar verw^s^ meening, is ongegrond;

„Zoo concludeert Mr. J. VAN DER JAGT, q q., dat bij

„s H.-R's te wijzen arr. de ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen, en de eischer in cassatie zal worden veroordeeld in de kosten."

In deze zaak heeft, de Proc.-G. de volgende conclusie genomen:

„Dit beroep steunt op twee *middelen.*

„Bij het *eerste* wordt beweerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1354, 1917, 1912 B.-W., 770, 796, 797, 806, 807, 809, 813, 814, 818, 822, 825, 834, 851 K., naardien het Hof ten onregte heeft aangenomen, dat de curator in een faillissement, ten opzigte der door den gefailleerde onderteekende akten, zoude zijn te beschouwen als *derde*, en de ten processe onderhandsche akten van den gefailleerde afkomstig ten aanzien van hare dagteekening tegen den curator geen kracht hebben dan van den dag der registratie, en alzoo aan erkende, van den failliet afkomstige onderhandsche akten de bewijskracht heeft ontzegd, welke daaraan wettig toekomt.

„De beslissing van het Hof is niet zoo algemeen als zij bij het *middel* wordt voorgesteld, maar zij is deze, dat de curator bevoegd was om zich *bij de verificatie* tegen de toelating van den app[t] (nu eischer), als schuldeischer te verzetten, en teregt heeft beweerd dat de app[t] door de door hem geproduceerde schuldbekentenissen, die tegenover den curator slechts kracht hebben van den dag dat zij zijn geregistreerd, omdat de curator *bij de verificatie* optreedt als waarnemer van de belangen des boedels en geenszins als vertegenwoordiger of regtverkrijgende van den gefailleerde, niet het bewijs heeft geleverd, dat hij vóór het faillissement van den gefailleerde de sommen te vorderen had, waarvoor hij wilde worden geverifieerd.

„Bij het door den pleiter voor den eischer geciteerde arr. van dezen Raad van 19 Febr. 1886 (v. d. Hon.,

B-R. LII, 49; *Regtspr* CXLII, 153), is uitgemaakt dat de curator, wanneer hij tot den boedel behoorende vorderingen van den schuldenaar geldig maakt, *of zich tegen door anderen tegen den in staat van faillissement verkeerenden persoon ingestelde vorderingen verdedigt*, wel degelijk namens dezen optreedt en diens regten uitoefent, en dus, hoezeer hij dan ook volgens de wet door den regter moge zijn benoemd, niet als *derde* bij de door den schuldenaar onderteekende, tot die vorderingen betrekking hebbende akten kan worden beschouwd.

„En met dat arr. is in overeenstemming de opmerking van Mr. Kist, VI, op pag. 103, in de noot, dat de curator eene vordering des failliets instellende, niet uitoefent een regt, dat de schuldeischer uit eigen hoofde toekomt, maar een regt dat van den failliet is afgeleid.

„Is dat nu alles anders in het verificatie-proces?

„Ja, zegt de verw.; want het faillissement is een geregtelijk beslag ten fine van executie, gelegd ten behoeve van de gezamenlijke schuldeischers; de verificatie heeft ten doel te constateren, welke schuldeischers het regt hebben in de opbrengst dier executie te deelen, alleen zij kunnen worden toegelaten die vóór den dag van het beslag, d. i. van de faillietverklaring, eene vordering hadden, zij moeten dat bewijzen *tegenover hunne medeschuldeischers, zoowel gezamenlijk vertegenwoordigd door den curator als individueel*, en de schuldeischers in het verificatie-proces oefenen dus geen vermogensregt uit van den failliet, maar hun eigen regt als schuldeischers, volgens hetwelk zij de deugdelijkheid van elkanders vordering mogen betwisten.

„Ik kan mij met die beschouwing niet wel vereenigen.

„Het verificatie-proces dient regtstreeks om te constateren, welke vorderingen ten laste van den gefailleerde bestaan, ten einde blijke, en dat is het meer verwijderde doel van de verificatie, welke schuldeischers later in cas

van vereffening van den boedel geregtigd zullen zijn in de opbrengst te deelen. En het is met het oog op dat gevolg van de verificatie, dat aan de schuldeischers het regt wordt toegekend zich tegen de toelating van hen, die van de deugdelijkheid hunner vordering niet doen blijken te verzetten, welk regt echter niet uit hun vorderingsregt tegen den failliet voortvloeit, maar indedaad niets anders is dan de hun door de wet toegekende bevoegdheid om *in hun belang* een regt van hunnen schuldenaar uit te oefenen. Het belang van de schuldeischers is het motief dat de wetgever genoopt heeft hun regt van tegenspraak toe te kennen, maar dat regt zelf is een regt van hunnen schuldenaar, wiens verbindtenissen jegens derden hun niet aangaan, en wanneer dus de crediteuren van dat regt gebruik maken, dan zijn zij geene derden tegenover den schuldeischer dien zij weren willen, maar doen zij wat *huns schuldenaars* is, en zijn zij dus ook tot niets meer bevoegd, dan deze zelf zou zijn, indien hem regt van tegenspraak bij het verificatie-proces gelaten was.

„Of is welligt de rol *van den curator* in het verificatie-proces van dien aard, dat *de curator* daar moet geacht worden *als derde* te staan tegenover hen die als crediteuren van den failliet willen worden erkend? Ik geloof het niet. Men zegt: de curator vertegenwoordigt daar de schuldenaars. Maar indien men daarmede bedoelt, dat de curator de schuldeischers vertegenwoordigt in het aan ieder hunner en aan allen te zamen toegekende regt van tegenspraak, dan geldt van des curators tegenspraak wat zoo even omtrent die van de schuldeischers zelven is opgemerkt; en neemt men aan, dat de tegenspraak van den curator is de tegenspraak van de gezamenlijke schuldeischers, als *beheerders van den boedel door middel van den curator*, dus dat de curator bij de verificatie is de waar-

nemer van de belangen des boedels, die dan toch is de boedel, niet van de schuldeischers, maar van den gefailleerde, dan geldt hier wat geldt voor elke daad van beheer van den curator, nl. dat hij daarbij den failliet vertegenwoordigt, wiens regt van beheer en beschikking op hem is overgegaan, wiens vermogensregten hij uitoefent.

„Verwarring van het belang der schuldeischers, dat niemand als crediteur van den gefailleerde worde toegelaten, die dit niet was toen het faillissement werd uitgesproken, met den aard van het regt, dat ten dienste van dit belang aan de schuldeischers is toegekend, leidt er toe de bij de verificatie verzet doende crediteuren tegenover de zich aanmeldenden als *derden* te beschouwen, en wanneer men ten slotte ter verdediging van het stelsel van het arr., aanvoert wat door velen, ook door Mr. Kist, *l.l.* op pag. 124 wordt geleerd, dat de erkenning bij de verificatie niet verder gaat dan het faillissement, dan is het antwoord hierop, dat dit zoo zijn moet als men aanneemt dat de failliet bij de verificatie geen partij is, maar dat dit niet in den weg staat aan de stelling dat de persoonlijk of door den curator betwistende crediteuren in en voor het faillissement een regt van den failliet uitoefenen.

„Dat bij deze opvatting der wet bedrog mogelijk, ja, gemakkelijk is, wie zal het ontkennen? Maar daartegenover staat de onbillijkheid van het andere stelsel, terwijl men overigens ook niet vergeten mag, dat aan de schuldeischers en den curator bij a. 823 K. de bevoegdheid is toegekend de beëediging der pretentiën, aan welker deugdelijkheid zij twijfelen, te vorderen, eedsvordering, die blijkens de geschiedenis der wet, juist moet dienen om het afgeven door den schuldenaar van geveinsde titels te voorkomen. Men zie Voorduin, X, 766.

„De kwestie is belangrijk genoeg en lang niet altijd op

dezelfde wijze beantwoord. Men zie daarover de *Memorie van Toelichting*, behoorende bij het onlangs verschenen wetsontwerp der Staatscommissie op pag 186 en vooral het daar aangehaalde stuk in het *Regtsgeleerd Bijblad* van 1882. Dat de jurisprudentie van dezen Raad zoo gevestigd is, als in die *Memorie van Toelichting* gezegd wordt het geval te zijn, werd door den verw. met het oog op het arr. van 7 Dec. 1883 (*Regtspr.* CXXXV, 530; v. d. Hon. *B.-R.* XLIX, 74) betwijfeld. Maar zeker zijn de arr[n] van 1846 en 1847 in overeenstemming met de beweringen van den eischer, en volgt de Raad die jurisprudentie, dan zal het arr. op het *eerste middel* moeten worden gecasseerd.

„Het *tweede middel* kan niet tot cassatie leiden. Het Hof, zoo heet het bij dat *middel*, heeft ten onregte aan de onderhandsche akten in kwestie alle bewijskracht ontzegd, en op dien grond geweigerd den suppletoiren eed op te leggen, en dus geschonden en verkeerd toegepast a. 1978 j[o] 1977 B.-W.; maar dat is onjuist, omdat de regter wel bevoegd, maar nooit verpligt is in de gevallen van a. 1978 den suppletoiren eed op te leggen, en ook geen woord in dat a., of in a. 1977, te vinden is omtrent de bewijskracht van stukken als die waarvan in deze sprake is.

„Ik concludeer tot cassatie van het aangevallen arr., met regtspraak ten principale overeenkomstig de conclusiën van den eischer, en veroordeeling van den verw. in alle proceskosten."

ARREST. — De H. R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1354, 1917 en 1912 B.-W., 770, 796, 797, 806, 807, 809, 813, 814, 818, 822, 825, 834 en 851 K., naardien het Hof ten onregte heeft aangenomen, dat de curator in een faillisement

ten opzigte der door den gefailleerde onderteekende akten zoude zijn te beschouwen als derde, de ten processe bedoelde onderhandsche akten van den gefailleerde afkomstig ten aanzien van hare dagteekening tegen den curator geen kracht hebben dan van den dag der registratie, en alzoo aan erkende, van den failliet afkomstige onderhandsche akten de bewijskracht heeft ontzegd, welke daaraan wettig toekomt;

„O., dat dit *middel* geldt 's Hofs beslissing: „dat de curator bij de verificatie der schulden optreedt als waarnemer van de belangen des boedels en geenszins als vertegenwoordiger of regtverkrijgende van den failliet";

„O., dat die beslissing voorzeker in zooverre is juist, als de curator wordt aangemerkt als waarnemer van de belangen des boedels en als vertegenwoordiger der schuldeischers, te wier behoeve hij dien boedel beheert, doch dat die stelling is onjuist in zooverre daarbij wordt ontkend dat de curator, bij de verificatie der schulden optredende tegen de schuldeischers van den failliet, zoude optreden als vertegenwoordiger van dezen;

„O. toch, dat de curator, zoowel wanneer hij eene tegen den failliet ingestelde vordering tegenspreekt, als wanneer hij eene den failliet toekomende vordering tegen een van diens schuldenaars instelt, een van den failliet afgeleid regt uitoefent, vermits deze, niettegenstaande het faillissement, blijft de eigenaar van het in beslag genomen vermogen, de schuldenaar of de schuldeischer van de tot dien boedel behoorende schulden of inschulden;

„O, dat de curator in die gevallen mitsdien niet is derde ten aanzien van de schuldeischers, die tegenover den failliet optreden en verificatie hunner vorderingen vragen;

„O., dat het *middel* mitsdien is gegrond en het bestreden arr. op dien grond behoort te worden vernietigd;

„O., dat het mitsdien overbodig is, de gegrondheid van het *tweede middel* te onderzoeken;

„Vernietigt het arr. door het Geregtshof te 's Gravenhage op 2 Mei 1887 in deze zaak gewezen en het daarbij bevestigde vonnis van de arr.-regtb. te Rotterdam, op 3 April 1886 tusschen partijen gewezen;

„En ten principale regtdoende:

„O., dat de eenige grond waarom het Hof geweigerd heeft den eischer te erkennen en toetelaten als crediteur in het faillissement van F. E. K. is, dat de stukken door den eischer overgelegd ten aanzien van hunne dagteekening ook tegenover den curator slechts kracht hebben van den dag, waarop zij zijn geregistreerd, terwijl op de overgelegde schuldbekentenissen overigens geen aanmerkingen zijn gemaakt;

„Gezien a. 105 R.-O.;

„Wijst den eischer toe zijne oorspronkelijke vordering om te worden erkend en toegelaten als crediteur in het faillissement van F. E. K. tot een bedrag van *f* 6177.78;

„Beveelt dat hij voor dat bedrag zal worden geplaatst op de lijst der erkende crediteuren in dat faillissement;

„Veroordeelt den verw. in zijne hoedanigheid in de kosten van het geding in alle instantien."

N° 3001. — Arr. van 13 Januarij 1888.

(Wet van 24 Jan. 1815, *St.* n° 5; a. 447, 448, 756, 757 B.-R.)

Zijn onder de uitdrukking „arrest" in de wet van 24 *Jan.* 1815, St. n° 5, *alleen te verstaan het executoriaal en het conservatoir beslag, zooals dit in het Wetb. v. Burg. Regtsv. is geregeld, zoodat die wet niet van toepassing is in geval van faillissement?* — JA.

Zijn de a. 447, 448, 756 *en* 757 *van gemeld wetboek van toepassing in geval van faillissement?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer, eervol ontslagen deurwaarder bij 's Rijks directe belastingen, heeft den Staat aangesproken tot voldoening van een kwartaal van zijn pensioen, verschenen 1 Apr. 1886 met de renten sedert den dag der dagvaarding.

„De Staat heeft de voldoening van dat kwartaal pensioen geweigerd op grond, dat de gepensionneerde in zijne hoedanigheid van koopman in steenkolen op 17 Mei 1886 door de regtb. te Amsterdam, was verklaard te zijn in staat van faillissement, en dat de curator in dat faillissement op grond van de a. 770 en 806 K. verzocht had, het pensioen aan hem curator en niet aan den failliet uit te betalen.

„Op de dagvaarding heeft de Staat zich bereid verklaard het pensioen te voldoen, zoodra zal zijn uitgemaakt door den regter aan wie van de beide aanspraak makende personen het gevorderde en werkelijk verschuldigde moest worden betaald.

„Voor den eischer is aangevoerd, dat hij door zijn faillissement zijne *persona standi in judicio* niet *absoluut* en *quovis casu* verloren had; dat hem daardoor alleen het beheer zijner goederen ontnomen was en zijn regt beperkt was geworden om over zijne goederen te beschikken, want dat deze tot waarborg van zijne schulden voor de crediteuren strekten; dat echter zijn pensioen geen onderpand was, waarop de crediteuren hunne pretentien konden verhalen; dat in ieder geval de wet van 9 Mei 1846, *St.* n⁰ 24, gewijzigd bij de wetten van 3 Mei 1851, *St.* n⁰. 49, en van 2 Mei 1873, *St.* n⁰ 64, bij a. 40 met opzigt tot burgerlijke pensioenen, de bepalingen der wet van 24 Jan. 1815, *St.* n⁰ 5, handhaaft en toepasselijk verklaart, volgens welke

laatstgenoemde wet, voor de schulden van gepensionneerden slechts voor een vierde van het pensioen, korting kan worden toegestaan, hoedanige korting hier niet eenmaal was verzocht.

„Als ik de zaak wel beschouw, dan hangt de ontvankelijkheid der actie af van de beslissing over de quaestie ten principale; want is het waar, dat de verschenen pensioengelden behooren tot de baten van den boedel, dan is de vordering niet-ontvankelijk, en in het tegenovergestelde ge val moet zij worden toegewezen.

„En hiermede vervalt tevens de bewering van den eischer, dat de H.-R. reeds door het verleenen van het verzoek tot admissie gratis over de bevoegdheid van den eischer om te dezer zake zelfstandig in regten op te treden, had beslist. Naar mijne meening had de eischer het regt om zijne belangen voor den regter te doen gelden, wanneer zij bleken in geenerlei verband te staan met de regten, die de crediteuren op hun *gage commun*, den boedel, hadden

„Maar wanneer nu de wet zegt, dat de failliet van regtswege de beschikking en het beheer over zijne goederen verliest, en dat de curators alle inkomende gelden op hunne quitantiën ontvangen, dan volgt daaruit m. i. dat zoodanige persoonlijke inkomsten ook tot den boedel behooren, zoo de wet daarvoor geene uitdrukkelijke uitzondering heeft gemaakt.

„Waarom ook niet? Zij die crediet hebben verleend, hebben of kunnen althans het oog hebben gehad op de vaste inkomsten van iemand die later failleerde en welke een waarborg waren voor de voldoening hunner schuldvorderingen. En naar mijn bescheiden meening, in weerwil van het oordeel van hooge autoriteiten (Mr. Kist, VI bl. 72; Holtius, *Faillietenregt* bl. 127, uitg. 1850) moet in den boedel komen niet slechts een vierde, maar het geheel van het pensioen.

„Dat oordeel berust op de geciteerde wet van 1815, en op

den aard van het faillissement, hetwelk een algemeen beslag van de goederen van den failliet medebrengt.

„Nu moet ik in het voorbijgaan er op wijzen, dat de meening is voorgestaan geworden dat voorzegde wet met den *Code de Procédure Civile* afgeschaft zou zijn geworden door de bepaling van a. 2 der wet van 16 Mei 1829, *St.* n⁰ 33. (Zie Mr. DIEPHUIS in *Opmerkingen en Mededeelingen* I bl. 24 volg. en 141 volg). Dit is evenwel niet aannemelijk; want bij de toelichting van a. 757 B.-R. wordt gezegd, dat men gemeend heeft te moeten verwijzen naar de bijzondere wetten die op dit punt *bestaan of* nader zullen worden gemaakt (v. D. HON., ad. h. a, bl. 7C5). De wetgever heeft daarom niet aan de afschaffing van deze wet gedacht en dat was ook het oordeel van den H.-R in 1852 (Arr. 2 Jan., *Regtspr.* XL, 334; v. D. HON. *B.-R.* XIV, 6; OUDEMANS, *B.-R.* III, bl. 127)

„Terwijl ik dus niet betwijfel de regtsgeldigheid van de wet van 1815, welke ook de latere wetgever als niet afgeschaft beschouwde, kan ik niet aannemen dat alleen op grond van het karakter van het faillissement, hetwelk wetenschappelijk een algemeen beslag van alle crediteuren op alle de goederen van den schuldenaar geoordeeld wordt te zijn, de bepalingen van de a. 447, 448, 756 en 757 B.-R. ook toepasselijk zouden zijn in cas van faillissement. Daarbij toch is de rede van een geheel ander beslag, door een bepaalden schuldenaar, op bepaalde zaken, voor zekere vordering; daar worden bepaalde voorwerpen uitgezonderd, welke niet in beslag mogen worden genomen.

„Niets van dit alles is hier het geval, geene wetsbepaling op het stuk van faillissement verwijst naar dat voorschrift, en ik geloof dat men te ver gaat, indien men het ook voor dit geval geldig acht, — alleen op grond van den gelijksoortigen aard van het faillissement. De strek-

king der wet van 1815 brengt zulks ook niet mede; deze is meer dan eene regeling voor den onbelemmerden loop der administratie, zooals de considerans zegt, want zij regelt het *gedeelte* waarop beslag kan worden gelegd, en den vorm daarbij in acht te nemen, alzoo de regten der ingezetenen en de wijze van vorderen.

„Het ligt, zeide de Proc.-G. bij dezen Raad in 1852, in de geheele oeconomie en bedoeling der wet, dat men *niet* gewild heeft, dat het *geheel* van het tractement of pensioen van een ambtenaar voor zijne schulden aansprakelijk zou zijn, tot voldoening dier schulden zou *moeten* worden aangewend. De wet wil dat het tractement of pensioen dat de Staat aan den ambtenaar verstrekt door hem werkelijk zal worden genoten; dat zoo hij schulden heeft, slechts *een deel*, tot afdoening daarvan, zal kunnen worden gekort, maar het grootste deel zal strekken tot zijn *levensonderhoud* in zijnen maatschappelijken rang.

„Daargelaten dat zoodanige beperkingen van de regten der crediteuren uitzonderingen zijn, die niet door uitbreidende interpretatie tot andere gevallen mogen worden uitgestrekt, is er hier de rede niet van een ambtenaar of gepensionneerde, voor wien een uitzondering is geschapen om in zijn *levensonderhoud* te kunnen voorzien, want voor een failliet wordt reeds daarin voorzien door a. 808 K. De curators regelen het levensonderhoud op magtiging van den regter-commissaris; zij kunnen het pensioen daartoe bestemmen, maar is dit te groot, dan komt het overblijvende gedeelte in den boedel ten bate der crediteuren

„Het verschil tusschen den regtstoestand van den gefailleerden en den beslagen crediteur leidt mij daarom tot de conclusie dat de wet van 1815 *in casu* niet van toepassing is.

„Ik concludeer mitsdien tot niet-ontvankelijk verklaring

van den eischer in zijne actie en zijne veroordeeling in de proces-kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat de eischer als eervol ontslagen deurwaarder bij 's Rijks directe belastingen, den Staat heeft aangesproken om aan hem alsnog tegen behoorlijke quitantie uit te betalen het op 1 Julij 1886 verschenen kwartaal pensioen, zijnde een bedrag van *f* 66.75 met de wettelijke interest van de dag der dagvaarding af en met veroordeeling van den gedaagde in de kosten van het geding;

„O., dat de ged. de uitbetaling van dit kwartaal pensioen heeft geweigerd, omdat de eischer niet alleen is eervol ontslagen deurwaarder bij 's Rijks directe belastingen, doch ook koopman in steenkolen, die bij vonnis der regtb. te Amsterdam van 17 Mei 1886, op eigen verzoek is verklaard in staat van failllissement, en de curator in dat faillissement zich tegen de uitbetaling van dat pensioen aan den eischer heeft verzet en op grond van de a 770 en 806 K. verzocht heeft, dat die uitbetaling aan hem curator zoude geschieden;

„O., dat de eischer daarop heeft geantwoord, dat hij door den staat van faillissement waarin hij verkeert, niet onbevoegd is tot het instellen van de onderwerpelijke regtsvordering; dat zijn pensioen geen onderpand uitmaakt, waarop zijne crediteuren hunne vorderingen kunnen verhalen; dat de wet van 9 Mei 1846, *St.* n° 24, zooals zij is gewijzigd bij de wetten van 3 Mei 1851, *St.* n° 49 en van 2 Mei 1873, *St.* n° 64, bij a. 40 met opzigt tot de burgerlijke pensioenen, waartoe eischers pensioen behoort, de bepalingen der wet van 24 Jan. 1815, *St.* n°. 5, handhaaft en toepasselijk verklaart, welke bepaalt, dat de schulden van een gepensioneerde niet kunnen worden verhaald dan op een gedeelte van diens pensioen, en dan nog niet anders dan in den bij die wet voorgeschreven vorm;

„O., dat de ged. de toepasselijkheid van die wet heeft tegengesproken en tot niet-ontvankelijk-verklaring van die vordering, althans tot ontzegging daarvan, heeft geconcludeerd;

„O., ten aanzien van het regt, dat de ontvankelijkheid van de vordering afhangt van de beslissing over de hoofdzaak, omdat die vordering, indien de verschenen kwartalen pensioen niet behooren tot de baten van den faillieten boedel, is ontvankelijk en behoort te worden toegewezen;

„O, dat de bewering dat de verschenen termijnen van het pensioen niet zouden behooren tot de baten des boedels, waarover de schuldenaar de beschikking en het beheer verliest en die daarom door de curators worden beheerd, alleen gegrond is op de aangehaalde wet van 1815;

„O, dat die wet echter alleen spreekt van „arresten", dat is van beslagen, en wel van executoriaal of conservatoir beslag, zooals dat in het Wetb. van Burg. Regtsv. is geregeld; — dat nu wel de toestand van iemand, die is verklaard te zijn in staat van faillissement, is de toestand van iemand wiens geheele vermogen is in beslag genomen, doch dat hier geen sprake is van een van die beide arresten of beslagen in de wet van 1815 bedoeld, zoodat hier ook geen sprake kan zijn van toepassing der bepalingen van die wet, noch van die van de a. 447 en 448 of van de a. 756 en 757 *B.-R.*, tot welker toepassing in geval van faillissement te minder reden bestaat, daar bij a. 808 K. bijzondere regelen zijn gesteld, zoowel omtrent de goederen welke aan den gefailleerde kunnen gelaten worden, als omtrent het levensonderhoud dat hem kan worden toegelegd;

„dat de eischer mitsdien ten onregte heeft gevorderd dat het verschenen pensioen aan hem zoude moeten worden uitbetaald, en hij derhalve in zijne daartoe ingestelde vordering behoort te worden verklaard niet ontvankelijk:

„Verklaart den eischer niet-ontvankelijk in zijne actie en veroordeelt hem in de kosten van het proces."

N°. 3002 — Arr. van 20 Januarij 1888.

(A. 1902 B. W. en a. 12 en 18 v. h. Kon. besluit van 13 Junij 1857, *St* 119).

Kan het Hof, na in het beklaagde arr. onderscheidene feiten en omstandigheden als vaststaande te hebben vermeld, gezegd worden den nu verw. in cassatie ontslagen te hebben van de op hem rustende verpligting tot het leveren van bewijs van de door hem gestelde feiten? — NEEN.

Moet het feit, dat de kapitein der stoomboot, op een afstand van slechts vijf bootslengten van de tjalk verwijderd zijnde, plotseling het roer wendde en met volle kracht in schuinsche rigting naar den kant van den anderen oever stoomde, met regt beschouwd worden als daarstellende gebrek aan oplettendheid, kunde en zeemanschap, waarvan de aanvaring van het tjalkschip het onvermijdelijk gevolg werd? — JA.

De Proc.-G. Mr. POLIS heeft in deze zaak te volgende conclusie genomen:

„Het zeer uitvoerige *cassatie-middel*, waarbij schending of verkeerde toepassing wordt beweerd van de a. 1902 B. W. en 12 en 18 van het Kon. besluit van 13 Junij 1875, *St.* n°. 119, is drieledig.

„In de eerste plaats trachten de eischers ingang te doen vinden aan de stelling, dat a 1902 B.-W. zou zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat, alhoewel de oorspronkelijke ged^n (nu eischers) de posita ter dagvaarding hadden ontkend, althans eene andere voorstelling van het voorgevallene hadden gegeven, en hadden beweerd, dat de kapitein en bemanning van de boot der eischers in alle opzigten hebben gehandeld zooals het behoorde, toch is aangenomen dat het ongeval aan des verw^s tjalkschip over-

komen, zou zijn te wijten aan schuld of nalatigheid van den kapitein der stoomboot van de eischers, en dat het tjalkschip van den verw., ten gevolge van de beweerde plaats gehad hebbende aanvaring een groot gat in den steven heeft bekomen, en binnen een tijdsverloop van hoogstens 20 minuten, door het binnendringend water, is gezonken.

„Het is waar, dat het Hof in den 3en considerans overweegt, dat de ged[n] (nu eischers) „bij conclusie van ant-„woord eene andere voorstelling (dan de eischers) van het „voorgevallene hebben gegeven, daarop nederkomende, dat „de kapitein van de *Hunze V* en de bemanning in alle op-„zigten zouden gehandeld hebben, zooals het behoorde, en „de ged[n] alzoo de schuld van den kapitein en de bemanning „der boot hebben ontkend;" maar daaruit volgt niet, dat door 's Hof beslissing, dat de aanvaring is te wijten aan de schuld van den schipper van de *Hunze V*, of zijn scheepsvolk, of van beide te zamen, a. 1902 geschonden is, vermits al de feiten, waarop die beslissing steunt *als ten processe vaststaande* door het Hof worden vermeld, dus als feiten waarover tusschen partijen geen contest bestaat, wat ook het geval is met het feit, dat het tjalkschip van den verw., ten gevolge van die aanvaring, een groot gat in den steven bekomen heeft, en binnen de 20 minuten, door het binnendringen van het water, is gezonken, terwijl het feit, dat, volgens de 17e overw. *quoad jus, in ieder geval* als een gebrek aan oplettendheid, kunde en zeemanschap moet worden beschouwd, waardoor de aanvaring onvermijdelijk is gemaakt, uitdrukkelijk gezegd worden aan de eigen beweringen van de geïntimeerden (dus van de nu eischers) te zijn ontleend.

„In het tweede onderdeel van het *middel* wordt betoogd, dat a. 12 van het Kon.-Besluit van 13 Junij 1875, *St.* n° 119, zou zijn geschonden, omdat het schip van den verw. op het tijdstip der aanvaring, van bakboordszijde, en niet

volgens gemeld a. van stuurboordszijde hield, het Hof dus ten onregte zou ontkend hebben, dat de verw. in strijd met a. 12 handelde, en het Hof, mede in strijd met dat a., zou hebben uitgemaakt, dat de kapitein van de *Hunze V* verpligt was dadelijk bij het verlaten van de sluis naar bakboordzijde te houden.

„Het Hof beslist, dat, blijkens de tusschen partijen gewisselde conclusiën feitelijk vaststaat, dat, toen de verw. op het ter dagvaarding vermelde tijdstip met zijn tjalkschip zeilde aan bakboordswal vóór dat de *Hunze V* zich buiten de sluizen te Zoutkamp vertoonde, *hij zich niet met een stoomvaartuig in hetzelfde vaarwater bevond*, en dus toen zoo zeilen mogt.

„En dat dit zou zijn in strijd met a. 12 cit. kan niet worden beweerd, omdat a. 12 spreekt van het geval dat twee vaartuigen *elkander te gemoet gaan.* Voorts neemt het Hof aan, dat de verw. varende zooals hij gedaan heeft, ook niet heeft gehandeld in strijd met a. 16 van het Reglement, en daartegen komt het *middel* niet op, want a. 16 is daarin niet genoemd. En eindelijk maakt het Hof uit, dat, vermits feitelijk vaststaat, dat de verw. met zijn tjalkschip op geringen afstand van de Zoutkamper sluizen langs den bakboordswal van de geul op die sluizen kwam aanzeilen, terwijl op dat oogenblik de „*Hunze V*" in zoodanige tegenovergestelde rigting een dier sluizen kwam uitstoomen, dat, wanneer zij haar toen genomen koers naar stuurboordszijde vervolgde, gevaar voor aanvaring met het tjalkschip bestond, de kapitein van de „*Hunze V*" verpligt was, volgens a. 18 van het Reglement, voor het tjalkschip uit te wijken, en wel, in de gegeven omstandigheden, naar bakboordszijde. Maar ook door die beslissing kan a. 12 van het Reglement niet zijn geschonden. Want wel bevat a 12 een algemeenen regel: „*bij ontmoeting naar stuurboord hou-*

den en aan bakboord voorbijvaren," maar daarnaast staat de bepaling van het 3e lid van a. 18, dat, wanneer in kanalen, of andere enge vaarwaters, een stoom- en een zeilvaartuig elkander in zoodanige koersen naderen, dat gevaar voor aanvaring bestaat, het stoomschip verpligt is voor het zeilschip te wijken. Met den pleiter voor de eischers aan te nemen, dat dit voorschrift niet geldt bij het elkander te gemoet gaan van twee schepen, een zeil- en een stoomvaartuig, zou zijn in strijd met de bewoordingen van het a., dat dan ook wel voornamelijk dienst zal moeten doen daar, waar a. 12 niet kan nageleefd worden En volgens de feitelijke beslissing was dit hier het geval, nademaal wegens den geringen afstand tusschen de met volle kracht stoomende boot en het zeilschip, dit laatste *in de onmogelijkheid verkeerde om plotseling van koers te veranderen en tegen den wind op te zeilen*. Over verkeerde toepassing van a. 18 van het Reglement kan dus ook niet worden geklaagd, en zeker kan hier door de eischers niet worden volgehouden, dat, nu zij a. 12 hebben nageleefd, geen schuld of nalatigheid hunnerzijds bestaat, omdat het Hof beslist (17e overw. *quoad jus*) niet alleen, dat het stoomen naar stuurboordswal, in plaats van dadelijk uittewijken naar bakboordswal, *onder de hier vaststaande omstandigheden* reeds schuld deed ontstaan aan de zijde van den kapitein der aanvarende boot, maar ook „dat IN IEDER GEVAL het feit, dat hij op „een afstand van slechts vijf bootslengten van de tjalk ver„wijderd, plotseling het roer wendde, en met volle kracht „in schuinsche rigting naar den anderen kant overstoomde „(zooals de geïntimeerde beweert te hebben gedaan om eene „aanvaring te voorkomen) als een gebrek aan oplettend„heid, kunde en zeemanschap moet beschouwd worden, „waardoor de plaats gehad hebbende aanvaring van het „tjalkschip onvermijdelijk werd gemaakt."

„En wanneer nu in de derde en laatste plaats bij het *middel* wordt beweerd, dat hier ten nadeele van de boot zou zijn beslist, alhoewel de kapitein alles gedaan heeft om de aanvaring te voorkomen, en dus a 18 heeft nageleefd, en dat het Hof aan de derde alinea van dat a. den zin zou hebben toegekend, dat, waar bij ontmoeting van een stoomvaartuig met een zeilschip eene aanvaring ontstaat, daaruit van zelf volgt dat het stoomvaartuig niet is uitgeweken, en dus de schuld van de aanvaring draagt, dan kunnen ook die beide beweringen niet tot cassatie leiden, omdat de eerste in strijd is met 's Hofs feitelijke beslissing, de laatste met den inhoud van het arr., hetwelk die zonderlinge juridieke stelling niet inhoudt.

„Conclusie tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten"

ARREST — De H.-R. d. Ned. enz

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a 1902 B.-W. en van de a. 12 en 18 van het Kon. besluit van 13 Junij 1875, *St.* n° 119

„*a.* door, waar feitelijk vaststaat dat de eischers qq. in cassatie (oorspronkelijk de gedaagde vennootschap) de door den verw. in cassatie, oorspronkelijk eischer gestelde feiten en daadzaken hebben ontkend, althans eene andere voorstelling van het voorgevallene hebben gegeven en hebben beweerd dat de kapitein van eischers stoomboot „*Hunze V*" en de bemanning in alle opzigten hebben gehandeld zooals het behoorde en alzoo de schuld van den kapitein of de bemanning hunner boot hebben ontkend, aantenemen dat het ongeval aan het tjalkschip van den verw. in cassatie de „*Klasina Harmina*" op 9 Oct. 1884 even buiten de sluis te Zoutkamp overkomen, te wijten zou zijn aan de schuld

of nalatigheid van den kapitein en de bemanning van eischers stoomboot „*Hunze V*" en, niettegenstaande de ook omtrent dat punt door de eischers qq. in cassatie volgehouden ontkentenis, te beslissen dat feitelijk vaststaat dat het tjalkschip van den verw. in cassatie, tengevolge van de beweerde plaats gehad hebbende aanvaring, een groot gat in den steven heeft bekomen en binnen een tijdsverloop van hoogstens 20 minuten door het binnendringende water is gezonken, en zoodoende, in strijd met het stellig voorschrift van het aangehaalde a. 1902 B.-W., den verweerder te ontslaan van de op hem rustende verpligting tot het leveren van bewijs van de door hem gestelde, doch door de tegenpartij ontkende feiten;

„*b.* door, waar feitelijk en tengevolge van de door den verweerder bij diens introductieve dagvaarding en nadere conclusiën gestelde feiten en daadzaken vaststaat, dat de verweerder op het tijdstip der beweerde aanvaring naar bakboordzijde, en niet — zooals a. 12 van het aangehaalde Kon. besluit van 13 Junij 1875, *St.* n° 119, voor het geval dat 2 vaartuigen elkander in tegenovergestelde koersen te gemoet gaan, voorschrijft — naar stuurboord hield, *uit te maken dat de eerste regter*, de regtb. te Groningen, ZONDER EENIGEN GROND *heeft beslist*, dat schepen altijd en in elk vaarwater verpligt zouden zijn om stuurboordswal te houden, en dat de eischer (thans verweerder), door op het tijdstip der bedoelde aanvaring bakboordswal te houden, heeft gehandeld in strijd met de wettelijke voorschriften, terwijl het gezegde a. 12 van meergenoemd Kon besluit voor het geval dat 2 vaartuigen elkander in tegenovergestelde koersen te gemoet gaan, zoodat zij gevaar loopen elkander aan te varen, duidelijk voorschrijft dat beide vaartuigen, ter voorkoming daarvan, naar stuurboord moeten houden en elkander aan bakboord moeten voorbijvaren, zoodat de eerste regter

in stede van *zonder eenigen grond* te beslissen, het aangehaalde a. 12 *juist* heeft toegepast, en door verder, in strijd met het voorschrift van dit artikel en met de eigene posita *in eersten aanleg* van verweerder, die den koers van de stoomboot tot op kort voor de aanvaring *volkomen juist* qualificeerde, maar aan de *plotselinge* zwenking der boot, toen zij nabij de tjalk was, de aanvaring weet, uit te maken dat de kapitein van de „*Hunze V.*" verpligt was *dadelijk bij het verlaten der sluis* naar bakboordszijde te houden;

„en *c.* door, waar door de eischers qq. in cassatie is beweerd en op alleszins aannemelijke wijze aangetoond en door den verweerder in cassatie dan ook niet ontkend, zoodat dit feit voor erkend kon worden gehouden en nader bewijs daarvan overbodig was, dat eischers kapitein al het mogelijke heeft gedaan om de beweerde aanvaring te voorkomen en dus ten volle heeft nageleefd de bepaling van de 3e al. van a. 18 van meergemeld Kon. besluit, uit te maken, dat in ieder geval nu er eene — zij het ook slechts zeer ligte — aanvaring heeft plaats gehad, de stoomboot van eischers qq. daarvan oorzaak is geweest, en dus aan die 3e al. van gezegd a. 18 deze uitlegging te geven, dat waar bij eene ontmoeting van een stoomvaartuig met een zeilvaartuig eene aanvaring ontstaat, daaruit van zelf volgt, dat het stoomvaartuig niet is uitgeweken en dus de schuld van de aanvaring draagt, en door aan te nemen dat het stoomen naar stuurboordswal — zooals eischers kapitein dadelijk buiten de sluis deed — in plaats van uit te wijken naar bakboordswal, schuld deed ontstaan aan zijde van dien kapitein, terwijl de bepalingen van het meergenoemd Kon. besluit het steeds en onder alle omstandigheden zooveel mogelijk houden naar stuurboordswal uitdrukkelijk voorschrijven;

„O., ten aanzien van het 1e onderdeel van het *middel*,

dat in het bestreden arr onderscheidene feiten en omstandigheden als *feitelijk vaststaande* worden vermeld, op grond waarvan het Hof aanneemt, dat de plaats gehad hebbende aanvaring alleen is te wijten aan de schuld van den schipper van de „*Hunze V*" of van zijn scheepsvolk of wel van beide te zamen, en dat in de 19e overweging wordt gezegd dat het verder *feitelijk vaststaat* dat het tjalkschip van den appellant, verweerder in cassatie, tengevolge van die aanvaring een groot gat in den steven heeft bekomen en binnen een tijdsverloop van hoogstens 20 minuten door het binnen dringende water is gezonken;

„O., dat mitsdien, al moge door de nu eischers in cassatie eene andere voorstelling van het voorgevallene zijn gegeven, en beweerd zijn dat de kapitein van de stoomboot „*Hunze V*" en de bemanning in alle opzigten hebben gehandeld zooals het behoorde, ten onregte bij het *middel* wordt geklaagd dat het Hof, in strijd met a. 1902 B.-W., den nu verw. in cassatie zoude hebben ontslagen van de op hem rustende verpligting tot het leveren van bewijs van de door hem gestelde feiten en dat derhalve het 1e onderdeel van het *middel* is ongegrond;

„O., ten aanzien van het het 2e onderdeel van het *middel* dat, daargelaten de vraag of in deze het geval bestond waarin a. 12 van het Kon. besluit toepasselijk is, en of het daarbij gegeven algemeen voorschrift niet in bijzondere gevallen door andere bepalingen van dat besluit wordt beperkt, in de 17e overw. van het bestreden arrest wordt overwogen:

„dat in ieder geval het feit dat de kapitein der stoomboot, op een afstand van slechts 5 bootslengten van de tjalk verwijderd, plotseling het roer wendde en met volle kracht in schuinsche rigting naar den kant van den anderen oever stoomde, als een gebrek aan oplettendheid, kunde en zeemanschap moet beschouwd worden, waardoor de plaats

gehad hebbende aanvaring van het tjalkschip onvermijdelijk werd gemaakt", en dat op dien grond de bij dit onderdeel van het *middel* gevoerde beweringen in geen geval tot cassatie kunnen leiden;

„O., ten aanzien van het 3e onderdeel van het *middel*, dat de eerste daarbij gevoerde bewering, dat als erkend kan worden aangenomen dat de kapitein van de stoomboot al het mogelijke heeft gedaan om de aanvaring te voorkomen, in lijnregten strijd is met de boven vermelde beslissing in het bestreden arrest, dat de kapitein door gebrek aan oplettendheid, kunde en zeemanschap de aanvaring onvermijdelijk heeft gemaakt;

„O., eindelijk, dat de stelling, dat waar bij eene ontmoeting van een stoomvaartuig met een zeilvaartuig eene aanvaring ontstaat, daaruit volgens het Hof van zelf zou volgen dat het stoomvaartuig niet is uitgeweken en dus de schuld van de aanvaring draagt, in het bestreden arr. niet wordt aangetroffen, zoodat ook het 3e onderdeel van het *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N°. 3003. — Arr. van 20 Januarij 1888

(A. 47 j³ a. 1—4 der wet van 22 Frimaire an VII; a. 1902 v., 1911, 1954 B.-W.; a. 382, n°. 3, B.-R.)

Zijn onder de actes in art. 47 *der wet van* 22 *Frimaire an VII bedoeld dagbladen niet begrepen?* — NIET BESLIST.

Is het den verw. in cassatie veroorloofd incidenteel in cassatie te komen tegen dat gedeelte van het bestreden arr., waarbij de verwerping door de regtb van de door den verw. voorgestelde exceptie van gewijsde zaak is gevestigd? — JA.

Sluit, waar dezelfde handeling de grondslag uitmaakt van twee vorderingen en overigens de vereischten bij a. 1954,

al. 2, *B.-W. gesteld om het gezag der* res judicata *te kunnen inroepen, de omstandigheid dat in ieder dezer zaken eene andere reden werd opgegeven waarom die handeling het gevorderde zoude wettigen, de toepasselijkheid van gemelde bepaling uit?* — Neen.

Bij dagvaarding ten verzoeke van H. F. v. d. E, eischer in cassatie tegen een tusschen partijen gewezen arr. van het geregtshof te 's Hertogenbosch van 15 Febr. 1887, bevestigende een vonnis van de arr.-regtb. te Maastricht van 24 Junij 1886, zijn aan den verw. in cassatie beteekend de volgende *middelen* en gronden van cassatie;

1e *middel:* schending en verkeerde toepassing van a. 47 js as 1, 2, 3 en 4 der wet van 22 Frimaire, an VII (12 Dec. 1798) en de a. 1902, 1903, 1904 en 1911 B.-W., omdat het arr. *a. quo* bevestigt en alzoo overneemt de beslissing van het vonnis der regtb. van 24 Junij 1886, en evenzeer zelfstandig beslist, dat een afdruk van het dagblad de „Courrier", waarop de eischer zich als op een middel van bewijs had beroepen, wel onder de stukken is gevonden maar ongeregistreerd, en daarom is ter zijde gelegd, niettegenstaande de formaliteit van registratie op afdrukken van dagbladen nergens is verpligtend gesteld en het regtdoen op dergelijke stukken nergens is verboden;

2e *middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1912 j0 a0 1907 en a. 1917 B.-W, omdat is beslist dat een kooper ten opzigte van bedingen door den verkooper gemaakt ten behoeve van een ander, waaraan de kooper zou zijn gehouden, moet geacht worden te zijn een derde ten aanzien van de vaststelling van de dagteekening van het het beding inhoudende stuk.

„Uit het arr. blijkt, dat feitelijk vaststaat, dat de verw. op 31 Oct. 1883 van H. B. heeft gekocht *diens regten van deelgenoot en directeur* van de exploitatie „*Courier de la Meuse*"

en van de „*Nieuwe Limburger*,” zoodat de verw. trad in de verpligtingen door den heer H. B. als zoodanig te voren aangegaan.

„Het arr. ontkent niet, dat de eischer de regten aan hem door den heer B. opgedragen tegen den verw. zou kunnen doen gelden, als die regten hadden bestaan vóór de overdragt der exploitatie, maar meent het arr., dat blijkt niet, omdat de brief van 15 Dec. 1882 eerst na de overdragt der exploitatie is geregistreerd.

„Die redenering zou echter alleen gelden als de verw. tegenover het regt van den eischer op de exploitatie, een derde was te achten, doch dat is hij niet, omdat hij kooper is geweest en dus getreden is in de regten en verpligtingen van den verkooper en diensvolgens aan den eischer gebonden is diens regten te eerbiedigen indien het bestaan der regten des eischers vóór de cessie der zaak, ongeacht de latere registratie, door den verw niet kan worden betwist.”

Voor den verw. in cassatie, hebbende tot adv. Mr. C. J. François, is de volgende conclusie genomen:

„A. de verw. zoo in eerste instantie als in hooger beroep tegen de vordering des eischers heeft voorgesteld de *exceptio rei judicatae*, als zijnde dezelfde vordering reeds vroeger ingesteld bij dagvaarding van 4 Jan. 1886 en uitgewezen bij vonnis der regtb. te Maastricht van 9 dier maand, in hooger beroep bevestigd bij in kracht van gewijsde gegaan arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch van 1 Febr. daaraanvolgende;

„A. het Hof zoowel als de regtb. deze exceptie ten onregte hebben verworpen;

„A. toch in het vroeger geding, evenals in het tegenwoordige, door den eischer van den verw gevorderd werd vergoeding der schade, veroorzaakt door de opzegging der ten processe bedoelde volmagt;

„A. het arr. *a quo*, door overneming der motieven van den eersten regter, hiertegen opmerkt, dat in het vroeger geding de wettigheid der opzegging betwist werd en in het tegenwoordig geding niet meer, maar dit niet belet dat de oorzaak der vordering dezelfde is gebleven, nl. de opzegging van den last, en dat daarvoor gevorderd wordt schadevergoeding, d. i. dezelfde zaak, door den eischer tegen den verw., in hunne respectieve kwaliteiten van lasthebber en lastgever, d i. door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekkingen, zoodat al de vereischten voor de *res judicatae* aanwezig zijn;

„A. de verw. met betrekking tot deze beslissing incidendeel beroep in cassatie instelt en op voormelde gronden als *middel van cassatie* aanvoert: schending en verkeerde toepassing der a. 1952, 1953 n⁰. 3 en 1954 B.-W.;

„A. vermits dit beroep eene exceptie betreft, wier aanneming alle verder onderzoek uitsluit, hij meent, dat de beslissing daarop aan de beslissing op het principaal beroep moet voorafgaan;

„A. hij in ieder geval de *middelen* van het principaal beroep bestrijdt op de navolgende gronden:

„A. de in het *eerste middel* vermelde omstandigheid, dat het Hof een afdruk van het dagblad „*Le Courrier de la Meuse*" heeft ter zijde gelegd omdat die afdruk niet geregistreerd was, geen den minsten invloed heeft gehad op de gevallen beslissing;

„A. toch, blijkens het arr., die afdruk uitsluitend moest dienen om aan te toonen, dat, na de opzegging der volmagt, de verw den eischer bemoeijelijkte in het verkrijgen eener andere betrekking, en het daarin vermelde buiten alle verband stond met de eenige bij het arr. besliste vraag, waartegen in het principaal beroep wordt opgekomen, nl.

of het bewijs geleverd was van het geven eener volmagt voor eenen duur van tien jaren;

„A derhalve dit *middel*, was het gegrond, niet tot vernietiging der beslissing zou kunnen leiden en diensvolgens buiten beschouwing moet blijven;

„A. het *tweede middel* is gerigt tegen 's Hofs beslissing dat een brief door H. B. aan den eischer geschreven en waarin gezegd wordt, dat eene door B. op den eischer verstrekte lastgeving is verstrekt voor den tijd van tien jaren, tegen den verw. niet kan ingeroepen worden omdat die brief wel gedagteekend is vóór de cessie der regten van B. aan den verw, maar eerst lang daarna geregistreerd;

„A door deze beslissing geen der in het *middel* aangehaalde a. geschonden of verkeerd toegepast zijn;

„A. toch de verw. ten aanzien van hetgeen tusschen zijnen verkooper en den eischer of anderen is omgegaan, in den zin van a. 1917 B.-W. is een derde en als zoodanig niet is gebonden door verklaringen of erkenningen, welke beweerd worden door zijnen cedent voor de cessie te zijn gedaan, doch wier bestaan door hem ontkend en niet door eene vaste dagteekening bewezen wordt;

„A de twee overige in het *middel* aangehaalde wetsbepalingen niet toepasselijk zijn;

„A. buitendien het in dezen geldt eene lastgeving door B. op den eischer verstrekt, welke lastgeving bij de overdragt der regten, op grond waarvan zij gegeven was, van zelf kwam te vervallen en derhalve na de cessie in geen geval tegen den verw. kon ingeroepen worden;

„A. diensvolgens, ook indien het *middel* als gegrond kon worden beschouwd, niettemin het dictum van het arr. zou moeten gehandhaafd worden;

„Zoo concludeert de advocaat des verw^s^: dat het den H.-R. behage, regtdoende op het incidenteel beroep in

cassatie, hetwelk bij deze wordt ingesteld, te vernietigen het arr. van het Hof te 's Hertogenbosch, waartegen de voorziening gerigt is, alsmede het in eersten aanleg gewezen vonnis der arr.-regtb. te Maastricht van 24 Junij 1886, toetewijzen de door den verw voorgestelde exceptie van gewijsde zaak, en diensvolgens den eischer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn dagvaarding van 3 Febr. 1886 ingestelde vordering, met verwijzing in de kosten van de drie instantiën, en, voor het onverhoopt geval het incidenteel beroep mogt verworpen worden, het principaal beroep almede te verwerpen, met uitspraak omtrent de kosten, zooals de Raad zal vermeenen te behooren."

Voor den eischer in cassatie H. F. v. D. E., wonende te Maastricht en ten deze vertegenwoordigd door den advocaat bij den H.-R., Mr. D. VAN ECK, is de volgende conclusie genomen:

„A. de verw. tot staving van zijn incidenteel beroep in cassatie zich beklaagt dat bij het arr. *a quo* (arr. van het geregtshof te 's Hertogenbosch van 15 Febr. 1887) is verworpen de *exceptio rei judicatae*, niettegenstaande de oorzaak der vordering van den eischer, in een vroeger geding gedaan en welke vordering is verworpen bij vonnis der regtb. te Maastricht van 9 Jan. 1886, bevestigd in hooger beroep bij arr. van het geregtshof te 's Hertogenbosch van 1 Febr. 1886, dezelfde is gebleven, namelijk de opzegging van den last, en dat daarvoor gevorderd wordt schadevergoeding, en derhalve dezelfde zaak, tusschen partijen in dezelfde betrekking behandeld;

„A. de incidenteele eischer in cassatie er zich derhalve over beklaagt, dat tusschen dezelfde partijen, op dezelfde gronden en door denzelfden regter tegenstrijdige vonnissen in het hoogste ressort zijn gewezen;

„A. bij het arr. *a quo* aan den eischer in cassatie zijne

vordering is ontzegd, en de incidentele eischer in cassatie, ook al ware zijn voorstelling en zijn betoog juist te achten, geen belang heeft bij de vernietiging van het arr., door hem gevraagd;

„A. bovendien het bezwaar van den incidentelen eischer wel aanleiding zou kunnen geven tot de aanwending van het middel van request civiel, maar niet tot dat van cassatie:

„A. ten gronde, de *judex facti* heeft beslist, dat hier eene andere zaak geeischt werd, waartegen in cassatie niet kan worden opgekomen, en de juistheid der beweringen van den incidentelen eischer in cassatie reeds voldoende is wederlegd bij het vonnis der regtb. te Maastricht van 24 Junij 1886, met welk betoog het arr. *a quo* zich heeft vereenigd en de incidentele verw. in cassatie meent met een beroep daarop te kunnen volstaan;

„Zoo concludeert Mr D. van Eck, als advocaat van den eischer in cassatie, ten deze incidentele verw., tot niet-ontvankelijk-verklaring en verwerping van het incidenteel beroep in cassatie, met veroordeeling van den incidentelen eischer in de kosten, daardoor veroorzaakt"

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het incidenteel *middel* van cassatie dient het eerst te worden behandeld omdat het gerigt is tegen eene verworpene exceptie van *res judicata*, en zoo dit gegrond wordt bevonden, alle onderzoek naar de gegrondheid van de andere *middelen* van cassatie afsnijdt.

„Dat *middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a 1952, 1953, n⁰ 3, en 1954 B.-W., omdat het arr. voornoemde exceptie heeft verworpen, hoezeer bij een vroeger arr. van hetzelfde Hof dezelfde vordering reeds was ingesteld en afgewezen.

„Hiertegen is het volgende aangevoerd:

„1° dat de incidentele eischer geen belang er bij heeft, dat op dien grond het gewezen arr. wordt vernietigd. Dit belang springt echter ten duidelijkste in het oog, want wordt de exceptie in cassatie geoordeeld juist te zijn, dan behoeven daardoor de *middelen* van cassatie ten principale zelfs niet onderzocht te worden, wat natuurlijk voor den eischer het belang heeft, dat daarmede de zaak in zijn voordeel is beslist;

„2° dat dit bezwaar wel aanleiding zou kunnen geven tot request civiel volgens a. 382, n° 5, B-R., maar niet tot beroep in cassatie;

„In die wetsbepaling is de rede van *tegenstrijdige* beslissingen van denzelfden regter; hier daarentegen wordt beweerd, dat dezelfde regter in dezelfde zaak een *identieke* beslissing heeft gegeven;

„3° dat *feitelijk* is beslist, wat de regter in eene vorige zaak uitgemaakt heeft, waartegen in cassatie niet kan worden opgekomen

„Feitelijk is 's regters oordeel over hetgeen gevorderd is, maar *juris* is de beoordeeling der vraag of onder een anderen vorm ten tweede male geeischt wordt datgene, waarover de regter reeds uitspraak had gedaan;

„4° dat de vorderingen geheel verschillend zijn, vermits bij de eene werd gevorderd: handhaving als administrateur en schadevergoeding voor de intrekking der lastgeving, en bij de andere schadevergoeding voor de ontijdige opzegging der lastgeving, daar de eischer gedurende tien jaar lasthebber zou zijn, daarbij aannemende, wat het vorig arr. uitmaakte, namelijk dat de lastgeving kon worden ingetrokken, hetgene destijds door den eischer was betwist.

„Bij vonnis der regtb. werd de voorgestelde exceptie verworpen op grond: dat het eerste arr. hierop berust, dat de volmagt *steeds ten allen tijde* kon worden herroepen on-

verschillig of zij al dan niet voor een bepaalden termijn was gegeven, en dat de tweede vordering tot schadevergoeding *niet*, gelijk de eerste, berustte op grond van gepleegde schending van contractuele verpligtingen van den gedaagde, welke in de eerste zaak de grond der vordering was geweest

„De regtb was alzoo van oordeel, dat aan beide vorderingen eene verschillende oorzaak ten grondslag lag; de tweede oorzaak zou zijn de door den gedaagde regtens gedane herroeping van de volmagt Bij de eerste overweging van 's Hofs arr. vereenigt het zich met die gronden voor de verwerping der exceptie, en het zou mij voorkomen dat daartegen in cassatie moeijelijk zou kunnen worden opgekomen, ware het niet dat reeds in de volgende overweging wordt gezegd: „dat de appellant uit het beweerd stilzwijgend beding afleidt, zoowel de verpligting van eene tijdige waarschuwing op eenen bekwamen tijd, als van eene billijke schadevergoeding."

„Daaruit volgt dat het Hof de oorzaak der vordering, in strijd met het gevoelen der regtb, oordeelde te zijn schending van een contractueel beding, het beding van tijdige opzegging.

„Is deze mijne opvatting juist dan ben ik van oordeel, dat hier de *quaestio juris* te beslissen valt, of dezelfde oorzaak ten grondslag ligt aan beide vorderingen.

„Dat dezelfde partijen in *lite* zijn en in dezelfde zaak schadevergoeding gevorderd wordt, is niet te betwisten.

„Naar mijne meening is ook de oorzaak der vordering dezelfde. In beide gevallen is zij schending van het contract van lastgeving, in het eene omdat de opzegging onwettig was, in het andere omdat zij, hoewel met tijdsbepaling verstrekt, zonder voorafgaande waarschuwing had plaats gehad. Dezelfde oorzaak dus, maar gesteund door andere gronden of beweegredenen. En in het vonnis wordt

dan ook reeds gezegd, dat het eerste arr. uitmaakt dat een volmagt ten allen tijde kan herroepen worden, onverschillig of zij al dan niet voor een bepaalden termijn was gegeven.

„Er was dus zelfs reeds uitgemaakt, dat de onderhavige *causa remota* dezer vordering ongegrond was; dat de lastgever in zijn regt tot opzegging aan geen tijd gebonden was; daarom kon hij op dien grond geen tweede actie tot schadevergoeding wegens schending van *contractuele* verpligtingen instellen zonder teregt met de *exceptio rei judicatae* te worden begroet. De bedoeling van het a. 1954 B.-W. is, dat men niet achtervolgens met dezelfde regtsgedingen wordt vervolgd, die slechts telkens op een anderen grond berusten. De *causa proxima* voor die vordering kan alleen in aanmerking komen (hier contracts-breuk), en zij berust op de *causae remotae*, welke of te zamen of afzonderlijk, de elementen zijn voor de *causa proxima*, maar op zich zelve geen grond geven tot dezelfde *actie*, in *casu* schadevergoeding.

„Het arr. van den H.-R. van 11 Dec. 1884 komt mij, voor deze regtsvraag zeer beslissend voor. Behalve het beroep gedaan op het arr. van 13 Junij 1884, wijs ik nog op een arr. van 13 April 1849, (*Regtspr.* CXXXVIII, 193; CXXXVII, 151 en XXXII, 341 (*); voorts Dalloz in *voce Chose jugée*, n° 191, en v. meer bijzonder n° 198).

„Het *eerste middel* van het principaal beroep heet: schending en verkeerde toepassing van a. 47 j^is^ a^s^ 1—4 der wet van 22 Frimaire an VII en de a. 1902, 1903, 1904 en 1911 B.-W., omdat een afdruk van een dagblad als zijnde ongeregistreerd door het Hof is ter zijde gelegd, hoezeer de eischer zich daarop als bewijsmiddel had beroepen.

„Partijen schijnen het eens te zijn met eene beslissing van het bestuur der registratie, dat onder de actes in a.

(*) In deze *Verzameling*, afdeeling *B.-R.* X. 377, L. 22, en 205.

47 der wet van Frimaire bedoeld, dagbladen niet zijn begrepen. (*Perk Woordenboek* 1882, 2e ged., n⁰ 6702).

„Ik zou zulks zoo grif niet durven toegeven, omdat zoodanig stuk, als bewijsmiddel geproduceerd wordende, een ander karakter aanneemt, dan dat van eene gewone courant, namelijk van een stuk waarop wordt regt gedaan.

„Maar, wat daarvan zij, het is mij niet duidelijk waarom het Hof dat stuk heeft ter zijde gelegd, want het kon er geen gebruik van maken; het zou van geen invloed op het nu gegeven dictum van het arr. kunnen zijn. De actie tot schadevergoeding toch berust op het eensklaps in strijd met de lastgeving buiten alle verdiensten stellen van den eischer, en dan wordt daaraan toegevoegd: „dat de gedaagde nog heeft kunnen goedvinden in den *Courrier* hem allerlei telastleggingen te doen, die hem nu *te meer* bemoeijelijken in het verkrijgen van eene andere betrekkking."

„Die bijvoeging welke door den overgelegden *Courrier* zou moeten worden bewezen, kon alleen de strekking hebben om op de mate van de toe te kennen schadevergoeding van invloed te zijn, maar hier werd de actie in zijn geheel afgewezen.

„Ware zij toegewezen en er in *jure* overwogen geworden dat de in de dagvaarding geposeerde telastleggingen niet waren bewezen, dan kon het wat anders zijn, maar daarvan is hier geen sprake.

„Ik houd dus dit *middel* voor ongegrond.

„Het *tweede middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 1912 j^is^ a^s^ 1907 en 1917 B.-W., omdat is beslist dat een kooper ten opzigte van bedingen door den verkooper gemaakt ten behoeve van een ander, waaraan de kooper zou zijn gehouden, moet geacht worden een derde te zijn ten aanzien van de vaststelling van de dagteekening van het stuk, hetwelk het beding inhoudt.

„Welke was de positie van partijen? B. was in 1882 deelgenoot in den *Courrier* en nam aanvankelijk zelf het Directeurschap waar, daarna draagt hij het Directeurschap op aan den eischer, die houder wordt van al wat tot de drukkerij behoort. In 1883 verkoopt B. de hem toekomende helft in den *Courrier* en in de drukkerij met al wat er bij behoort. De akte van verkoop teekent de eischer mede, als *houder* van de overgedragen zaken en tredende tegenover M. in de verpligtingen bevorens tegenover den verkooper aangegaan. Met dien verkoop had hij dus alleen *dit* te maken, dat hij zijne verpligtingen als lasthebber, die hij tegenover B. had gehad, thans had te volvoeren tegenover M., wiens lasthebber hij daardoor werd.

„Bij dien koop en verkoop was hij dus derde, geen regtverkrijgende in den zin van a. 1912 B.-W., en nu beslist het Hof teregt, dat de brief in geschil is eene verklaring, of erkentenis van verbindtenis door eenen verkooper of cedent afgelegd, gedagteekend vóór de cessie, maar eerst lang daarna geregistreerd. Zoodanige verbindtenis vóór de cessie is van geen invloed op de regten van den kooper of cessionaris, wanneer ze door deze wordt ontkend, en door registratie eene dagteekening heeft bekomen, welke ouder is.

„Hier is dit nu het geval, want het Hof maakt uit, dat M. heeft verklaard den brief van 15 Dec. 1882, noch de bedingen daarin vervat ooit te hebben gekend; dat in de volmagt van 14 Nov. 1882, die hij zonder bepaling van termijn heeft gecontinueerd, het beding niet is opgenomen; dat hij zelfs niet erkent, dat de brief in 1882 is geschreven, terwijl hij zijne bewijskracht tegenover hem betwist

„Mitsdien is teregt beslist dat niet is bewezen, dat aan de lastgeving van den appellant een duur van tien jaar is toegevoegd.

„De bij het *middel* aangehaalde a. zijn daarom met juistheid toegepast, en niet geschonden.

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R. op grond van het incidenteel beroep, zal vernietigen het arr van het Geregtshof te 's Hertogenbosch, en het daarbij bevestigde vonnis van de regtb. te Maastricht, de door den verweerder voorgestelde exceptie van gewijsde zaak zal toewijzen, den eischer alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in zijne vordering en hem verwijzen in alle de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat de eischer *twee middelen* van cassatie heeft voorgesteld:

„1° Schending en verkeerde toepassing van a. 47 j^{s} de a. 1, 2, 3 en 4 der wet van 22 Frimaire an VII (12 Dec. 1798) en de a. 1902, 1903, 1904 en 1911 B.-W., omdat een afdruk van een dagblad, als zijnde ongeregistreerd, is ter zijde gelegd;

„2° Schending en verkeerde toepassing van a 1912 j^{s} de a. 1907 en 1917 B.-W., omdat is beslist dat een kooper ten opzigte van bedingen door den verkooper gemaakt ten behoeve van een ander, waaraan de kooper zou zijn gehouden, moet geacht worden een derde te zijn ten aanzien van de vaststelling van de dagteekening van het het beding inhoudende stuk;

„O., dat de verw, incidenteel in cassatie gekomen, als *cassatie-middel* heeft aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1952, 1953, no. 3, en 1954 B.-W., omdat het arr. heeft verworpen de *exceptio rei judicatae*, als zijnde dezelfde vordering reeds vroeger ingesteld en uitgewezen bij vonnis der regtb. te Maastricht van 9 Jan 1886 (*Weekbl.* no 5238), bevestigd bij arr. van het Hof te 's Hertogenbosch van 1 Febr. 1886 (*Weekbl.* no. 5279);

„O, dat de eischer de ontvankelijkheid van het incidenteel beroep bestreden heeft met de beweringen dat de verw. bij dit beroep geen belang zou hebben, en dat het daarbij

aangevoerde bezwaar, volgens a. 382, no. 5, B.-R. wel aanleiding zou kunnen geven tot request-civiel, maar niet tot beroep in cassatie;

„O., dat het incidenteel beroep gerigt is tegen dat gedeelte van het bestreden arr., waarbij de verwerping door de regtb. van de door den verw. voorgestelde exceptie van gewijsde zaak is bevestigd, en de verw. dus bij dit beroep hetzelfde belang heeft als een gedaagde bij eene exceptieve verwering, waardoor, zoo ze gegrond bevonden wordt, het onderzoek van de hoofdzaak wordt afgesneden; en dat dan ook de gegrondheid van het incidenteel beroep ten gevolge zal hebben, dat de middelen van het principaal beroep, als gerigt tegen het arrest, voor zoover daarbij op de hoofdzaak is regt gedaan, buiten onderzoek moeten blijven;

„O., dat hetgeen in de tweede plaats tot ondersteuning van de beweerde niet-ontvankelijkheid is bijgebragt, reeds daarop afstuit dat de arresten, waarvan sprake is, geen tegenstrijdige beslissingen inhouden;

„O., ten aanzien van het incidenteel *cassatie-middel*, dat feitelijk vaststaat dat in het geding, hetwelk met ontzegging van den eisch beëindigd is bij het arrest van het Geregtshof te 's Hertogenbosch van 1 Febr. 1886, de eischer van den verw., op grond dat deze, door hem bij deurwaarders-exploit van 31 Dec. 1885 te ontslaan uit zijne betrekking van administrateur van den „*Courrier de la Meuse*" met bijbehoorende drukkerij en winkel, contractueele verpligtingen zou hebben geschonden, vorderde handhaving in die betrekking en schadevergoeding; en dat de tweede vordering, strekkende tot schadevergoeding, welke bij het bestreden arrest is ontzegd, daarop steunt dat de verw., ofschoon geregtigd om hem uit voorzegde betrekking te ontslaan, dit gedaan heeft zonder voorafgaande waarschuwing, zonder gegronde reden en opgaaf van beweegredenen;

„dat hieruit volgt dat dezelfde handeling, namelijk het ontslag van den eischer uit de betrekking van administrateur van voornoemd dagblad, den grondslag van beide vorderingen uitmaakte;

„dat, wel is waar, in ieder dezer zaken eene andere reden werd opgegeven waarom die handeling het gevorderde zoude wettigen, maar dat eene wijziging van beweegredenen de oorzaak zelve der vordering niet verandert;

„dat voorts in beide zaken dezelfde partijen in dezelfde betrekkingen zijn opgetreden, en ook in de tweede gevorderd is wat reeds in de eerste was gevorderd, vermits in beide de eischer van den verw gevraagd heeft vergoeding der schade, welke hij door meergezegde handeling zal hebben geleden;

„O., dat mitsdien alle vereischten om het gezag van een regterlijk gewijsde in te roepen, aanwezig zijn, zoodat het Hof door te bevestigen de beslissing der regtb., waarbij het beroep van den verw. daarop is verworpen, a. 1954 B.-W. heeft geschonden, en dat bijgevolg het incidenteel beroep in cassatie is gegrond;

„O., dat daardoor het onderzoek van de voor het principaal beroep voorgestelde middelen vervalt;

„Verwerpt de door den eischer voorgestelde *middelen* van niet-ontvankelijkheid van het incidenteel beroep;

„Vernietigt het arr. door het Geregtshof te 's Hertogenbosch 15 Febr. 1887 (*Weekbl.* no 5478) tusschen partijen gewezen;

„Krachtens a. 105 R.-O. ten principale regtdoende;

„Vernietigt het in deze zaak door de arr.-regtb. te Maastricht 24 Junij 1886 (*Weekbl.* no 5360) in eersten aanleg gewezen vonnis, behalve de daarbij uitgesproken veroordeeling van den eischer in de kosten;

„Verklaart de door den oorspronkelijken gedaagde, verw.

in cassatie, voorgestelde exceptie van gewijsde zaak gegrond;

„Verklaart den eischer niet-ontvankelijk in zijne bij dagvaarding van 13 Febr. 1886 tegen den verw. gedane vordering;

„Veroordeelt hem in de kosten van het hooger beroep en in die in cassatie gevallen."

N⁰. 3004. — Arr. van 10 Februarij 1888.

(A. 3 Alg. Bep. v. Wg. — Voorwaarden enz. Concept-overeenkomst van 1 Mei 1873 betreffende den spoorweg Rotterdam—Arnhem—Munster. — Terugvordering van het gestorte waarborgkapitaal.)

Kan een beroep op gebruik of billijkheid tot grondslag eener vordering strekken, indien zoodanig beroep in strijd is met eene aangegane overeenkomst? — NEEN.

Is door de overdragt aan een derde door de verkrijgers van eene concessie hun op 1 *Mei* 1873 *door de Regering verleend voor een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem, het door de concessionarissen, ingevolge a.* 56 *der concessie, gestorte waarborgkapitaal vrij geworden van het daarop ten behoeve van den Staat gelegd verband?* — NEEN.

Ontheft de omstandigheid dat, tengevolge van de daad van eene der partijen, de wederpartij voor een deel aan hare contractueele verpligtingen niet kon voldoen, haar van de verpligting om daaraan wel te voldoen, voor dat gedeelte waarvoor zij daarin door de daad der andere partij niet verhinderd is? — NEEN.

Volgt uit a. 56 *der bedoelde concessie, houdende dat tot waarborg voor het naleven der concessie door concessionarissen moet worden gestort op* 1 *Mei* 1873 *een waarborgkapitaal ter somma van f* 400,000, *welke „storting geschiedt op een aan te wijzen landskantoor in Nederlandsche munt of staatseffecten", dat die effecten evenmin als de munt aan den Staat wordende in pand gegeven tot waarborg van de eene of de andere schuldvordering, maar alleen ter keuze van den concessionaris, en in zijn belang in plaats van munt, aan den Staat worden ter hand gesteld tot het vereischte bedrag, tot waarborg van het nakomen der concessie door den concessionaris, zoodat hij*

niet-nakoming het kapitaal, hetzij aan munt, hetzij aan effecten, ten behoeve van den Staat zoude zijn verbeurd? — JA.

Volgt hieruit dat bij niet-nakoming der concessie, het gestorte, zoowel het geld als de effecten, volgens a. 38 *der concessie, tot eene waarde van f* 400,000, *het eigendom van den Staat wordt, en dat deze derhalve geregtigd is de renten van het gestorte van het oogenblik van verval af, te trekken, onverschillig of de effecten al dan niet op den dag van het verval zijn te gelde gemaakt?* — JA.

Is in het onderhavige geval sprake van pand, dan wel van eenen in geld of effecten bestaanden waarborg voor de nakoming van zekere verpligtingen, onverschillig of door de niet-nakoming daarvan schade is toegebragt of niet? — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Volgt hieruit dat de Staat, in geval van niet-nakoming, volkomen bevoegd was de effecten of de gelden tot zich te nemen of te verkoopen? — JA.

E. O. en L. W., beiden wonende te Brussel (Adv. Jhr. Mr. E. N. DE BRAUW), hebben gedagvaard:

1° den Staat der Nederlanden.

2° de HH. Mr. J. J. BERGSMA en A. F. DE BAS, advocaten en procureurs te 's Gravenhage, in hoedanigheid van curatoren in het faillissement der Rotterdam-Munster-Spoorweg-maatschappij, gevestigd geweest te 's Gravenhage, om te verschijnen ter teregtzitting van den H.-R. op dag en uur daarbij genoemd, ten einde:

„A de eischers 10 Mei 1873 ten kantore van den agent van het ministerie van Financiën te Amsterdam hebben nedergelegd de navolgende Nederlandsche Staats-effekten: 263 certificaten 2½ pCt.; 129 certificaten 3 pCt., en 187 certificaten 4 pCt., elk groot *f* 1000 Nederl. Werk. Schuld;

„A deze nederlegging heeft plaats gehad ten behoeve der, bij de concessie aan de eischers opgelegde storting van een kapitaal ter somma van *f* 400,000, tot waarborg voor het naleven der voorwaarden van de aan de eischers

1 Mei 1873 verleende concessie voor een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem, welke nederlegging ook later bestemd werd ten behoeve van de, 15 Mei 1874, verleende concessie voor een spoorweg van Arnhem langs Winterswijk naar de Pruisische grenzen;

„A. de eischers, op aandrang en met goedkeuring van den Staat, in 1875 deze concessiën hebben overgedragen aan de naamlooze vennootschap „de Rotterdam-Munster-Spoorweg-maatschappij", waarvan de Statuten 22 Oct. 1875 verleden zijn voor notaris mr. JAN DE BAS te 's-Gravenhage;

„A. volgens de bepalingen dezer concessie de lijn van Rotterdam naar Arnhem op 1 Mei 1877, en die van Arnhem naar de Pruisische grenzen op 1 Mei 1878 voltooid moest zijn, zijnde de termijn tot voltooijing van eerstgemelde lijn door de Regering verlengd tot 1 Mei 1878;

„A. de Regering op 23 Mei 1878 de concessiën heeft ingetrokken, op grond dat de Rotterdam-Munster-Spoorweg-maatschappij, aan wie de beide concessiën waren overgedragen niet aan hare verpligtingen ten opzigte van den termijn voor de voltooijing bepaald, heeft voldaan;

„A. vervolgens, nadat een door de Regering ingediend wetsontwerp tot teruggaaf van het waarborgkapitaal door de Tweede Kamer der Staten-Generaal niet was aangenomen, dit kapitaal in de Wet op de Middelen voor 1884 onder de middelen is opgenomen;

„A. daarop van de gedeponeerde waarden door den Staat zooveel is verkocht als noodig was om een kapitaal van *f* 400,000.— te verkrijgen, hetgeen heeft opgebragt aan hoofdsom *f* 400,528.12^5 en aan renten tot den dag van verkoop *f* 105,132.56;

„A. door den Staat hiervan is behouden *f* 400,000, aan kapitaal, en aan renten van af 23 Mei 1878 tot den dag van verkoop *f* 87,392.46; zijnde het overige der opbrengst,

gelijk de niet verkochte effecten en coupons, aan de eischers teruggegeven;

„A. deze toeëigening was in strijd met het gebruik en de billijkheid, die integendeel medebrengen, dat het kapitaal aan de eischers teruggegeven wordt, zijnde bij de talrijke concessie-verleeningen door de Nederlandsche en andere Regeringen nog nooit een kapitaal verbeurd verklaard; zoodat het niet kan aangaan een kapitaal, dat onder de heerschappij van dergelijk gebruik werd gestort, terug te houden, alvorens de nieuwe regel met die strekking in eene wet of anderen algemeenen maatregel aan het publiek en de belanghebbenden zij aangekondigd;

„A. de billijkheid der teruggave in dit geval blijkt uit het feit, dat geenerlei publiek of privaat belang door de niet tijdige voltooijing van dezen spoorweg schade geleden heeft;

„A. dit door de Regering uitdrukkelijk verklaard wordt in de Mem. van Toel. tot het wetsontwerp tot teruggaaf van het waarborgkapitaal, 16 Maart 1882 bij de Staten-Generaal ingediend, en ook blijkt uit de weigering om de concessie voor den aanleg op nieuw te verleenen, omdat die spoorweg voor Nederland niet meer verlangd wordt; terwijl het de bedoeling van partijen niet geweest kan zijn, dat de Staat zich eenvoudig met het kapitaal zoude verrijken;

„A. bedoeld depôt heeft plaats gehad tot waarborg voor de naleving der verpligtingen, aan de eischers bij de voormelde concessiën opgelegd;

„A. door de overdragt der concessiën, op aandrang en met goedkeuring van de Regering, op de Rotterdam-Munster-Spoorweg maatschappij er geen verpligtingen uit die concessiën meer voor de eischers bestonden, en de door eischers gedeponeerde effecten niet ook zijn aangewezen tot waarborg voor de vervulling der verpligtingen van den nieuwen concessionaris;

„A. bedoeld depôt zich dus thans zonder doel bevindt in de schatkist en behoort teruggegeven te worden aan de eischers;

„A. voorts, zelfs aangenomen dat het depôt der eischers ook ware aangewezen tot waarborg voor de vervulling der verpligtingen van den nieuwen concessionaris, geen termen bestaan om het kapitaal, waarvoor de effecten gedeponeerd werden, vervallen te verklaren ten behoeve van den Staat;

„A. volgens de concessie, het waarborgkapitaal tot een bedrag van *f* 400,000 vervalt aan den Staat, zoo de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen;

A. bij de beschikking van den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid van 23 Mei 1878, n° 23, de concessiën worden ingetrokken, op grond, dat de Rotterdam-Munster-Spoorweg-maatschappij niet aan hare verpligtingen, ten opzigte van den termijn voor de voltooijing van den spoorweg bepaald, heeft voldaan;

„A. deze grond echter niet kan worden ingeroepen voor het verschuldigd zijn der bedongen poenaliteit ten behoeve van den Staat;

„A. immers, wat de lijn van Rotterdam naar Arnhem betreft, slechts voor het kleinste gedeelte daarvan, de sectie Rotterdam-Houten, de wet tot verklaring van het algemeen nut 18 Jan. 1876 en het Kon. besluit tot aanwijzing der te onteigenen perceelen 21 Dec 1876 tot stand kwamen; zoodat de onteigeningsmaatregelen van Regeringswege voor dit deel der lijn eerst in den aanvang van 1877 genomen waren, terwijl de termijn van voltooijing bepaald was op 1 Mei 1877;

„A. voor het grootste gedeelte van die lijn, van Houten naar Arnhem en voor de geheele lijn van Arnhem naar

de grenzen, noch de wet tot verklaring van het algemeen nut ooit is ingediend, noch het besluit tot aanwijzing der te onteigenen perceelen genomen; en evenmin eene internationale overeenkomst door de Regering is gesloten, hoewel dit, om dezen internationalen spoorweg tot stand te brengen, vereischte was; — ofschoon de eischers binnen den termijn daartoe door de concessie aangewezen, dat is geruimen tijd vóór dat de straks genoemde onteigeningsmaatregelen door de Regering genomen waren, alle stukken benoodigd voor den aanleg van weg, werken en gebouwen, en voor de exploitatie, gelijk de onteigeningsbescheiden voor den geheelen spoorweg, aan de Regering hadden ingediend;

„A. dus de onmisbare voorwaarde om den spoorweg te voltooijen ontbroken heeft, daar men zonder den noodigen grond geen spoorweg maken kan;

„A. het ontbreken dezer voorwaarde zelfs moet toegeschreven worden aan het toedoen van den Staat, die de noodige onteigeningsmaatregelen niet genomen heeft;

„A de niet-voltooijing van den spoorweg binnen den gestelden termijn, waar die voltooijing onmogelijk was, — zelfs door het toedoen van den Staat, — niet aangemerkt kon worden als eene niet-voldoening aan de aangegane verbindtenissen, waarop, naar de overeenkomst van partijen, de strafbepaling der vervallen-verklaring van het waarborgkapitaal toegepast worden kan;

„A. a. 60 der concessie dan ook bepaalt, dat, wanneer het algemeen nut der onderneming met betrekking tot de onteigening niet door de Staten-Generaal erkend wordt, het waarborgkapitaal teruggegeven wordt;

„A. de Regering dan ook de concessiën heeft ingetrokken in geene andere gedachte dan om het waarborgkapitaal terugtegeven, zoodat het besluit daartoe bij de intrekking

gereed lag, en later een wetsontwerp heeft ingediend om het kapitaal terugtegeven;

„A. bovendien de Staat geenerlei vordering heeft gerigt tot de eischers, of hen in de gelegenheid gesteld om de verpligtingen uit de concessiën natekomen, alvorens hun eigendom vervallen te verklaren, maar integendeel op eene hernieuwde aanvraag van de eischers, om concessie voor denzelfden spoorweg, afwijzend heeft beschikt;

„A. de Staat dus verpligt is om aan de eischers aftegeven de opbrengst van hetgeen van de, voor bedoeld waarborgkapitaal door eischers gedeponeerde, waarden is verkocht, voor zooveel de Staat dit heeft behouden, ten bedrage van *f* 487,392.46;

„A. subsidiair, voor het geval de H.-R. mogt oordeelen dat de poenaliteit aan den Staat verschuldigd was, in elk geval de Staat nooit op meer aanspraak maken kan dan op eene som van *f* 400,000;

„A. toch de concessie in a. 38 uitdrukkelijk bepaalt, dat de waarborgsom tot een bedrag van *f* 400,000 aan den Staat vervalt, zoo de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen;

„A. de omstandigheid, dat de eischers het waarborgkapitaal niet in geld hebben gestort, maar daarvoor effecten hebben gedeponeerd, alleen tengevolge had, dat de Staat in plaats van eene som geld, ontving een pand, waarop *casu quo* de bedongen poenaliteit kon worden verhaald, doch nooit dat een hooger bedrag dan de bedongen poenaliteit aan den Staat vervallen kon;

„A. in het geval, waarvoor deze subsidiaire vordering is ingesteld, waar niet meer verschuldigd was dan *f* 400,000 en geen renten waren bedongen, de omstandigheid dat de Staat niet onmiddellijk na het, naar zijne meening, ver-

schuldigd worden der poenaliteit het pand heeft verkocht, hem de bevoegdheid niet kon geven eene, niet rente-dragende schuld rente-dragend te maken, en van den dag af, dat de concessie is ingetrokken, rente te vorderen;

„A. het den Staat in geen geval geoorloofd was zich het pand geheel of gedeeltelijk toeteeigenen, en de verpande effecten, tot de realisatie toe, eigendom bleven der eischers, evenals de daarbij behoorende coupons;

„A. de Staat dus in het gesteld geval althans verpligt is nu aan de eischers terugtegeven wat hij van de opbrengst der door hem verkochte effecten en coupons boven de *f* 400,000 behouden heeft, ten bedragen van *f* 87,392.46.

„A. de Staat in elk geval verpligt is, aan de eischers de schade te vergoeden, door hen geleden ten gevolge van den onbevoegden verkoop hunner effecten;

„A. in de onderstelling der hoofdvordering, de Staat geenerlei regt tot verkoop had, en deswege dus schadepligtig is;

„A. dit echter ook het geval is, wanneer men de poenaliteit verschuldigd acht;

„A. toch de pandhouder alleen bevoegd is het pand te verkoopen, na eene sommatic tot voldoening, en de verkoop *in casu* heeft plaats gehad zonder zoodanige voldoening, en tegen het, van wege de eischers 31 Dec 1883 tegen dien verkoop bij deurwaarders-exploit gedaan, verbod;

„A. de eischers dus beroofd zijn geworden van de gelegenheid om het pand te lossen tegen betaling van het verschuldigde, en de Staat verpligt is, wat ook omtrent de hoofd- of subsidiaire vordering mogt worden beslist, tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, door den onbevoegden verkoop aan eischers toegebragt;

„A. de gedaagden sub 2⁰ zijn gedagvaard om te gehengen en te gedoogen, dat aan de eischers de primaire of subsidiaire of de in de laatste plaats genoemde, vordering worde toegewezen;

„A. de gedaagden worden gesommeerd de gestelde feiten, op straffe regtens, uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen;

„bij arr. van den H.-R. der Ned., uitvoerbaar bij voor-„raad te hooren veroordeelen:

„de gedaagde sub 1⁰, om aan de eischers tegen kwijting en afgifte van het bij de nederlegging der effecten gegeven reçu, te betalen de som van *f* 487,392.46, zijnde de opbrengst van hetgeen van de, voor bedoelde waarborgkapitaal gedeponeerde waarden is verkocht en door den ged^e niet is teruggegeven;

„Subsidiair, om aan de eischers, tegen kwijting te betalen de som van *f* 87,392.46, zijnde dit het bedrag van hetgeen de ged^e van voormelde realisatie meer heeft behouden dan *f* 400,000;

„een en ander met de wettelijke interessen dier bedragen sedert heden;

„en in elk geval om aan de eischers te vergoeden de kosten, schaden en interessen, door hen geleden tengevolge der onbevoegde realisatie der gedeponeerde waarden, nader optemaken bij staat;

„de gedaagden sub 2⁰, om te gehengen en te gedoogen dat de primaire, althans de subsidiaire, en in elk geval de in de laatste plaats gedane vorderingen aan de eischers worden toegewezen, en de gevorderde betaling diensvolgens aan hen plaats hebbe;

„*cum expensis.*"

Voor den Staat der Ned. gedaagde, en vertegenwoordigd in deze door Mr. C. J. FRANÇOIS is daarop bij conclusie het volgende geantwoord:

„A. op 10 Mei 1873 aan den Agent van het Ministerie van Financiën te Amsterdam door de eischers als concessionarissen voor den aanleg en de exploitatie van een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem zijn afgegeven de effecten, bij al. 1 der dagvaarding bedoeld;

„A, dit plaats vond ter aanvaarding en op den voet der concessie van dien spoorweg, waarbij bepaald was, in a. 40, dat bij vervallen-verklaring de voorhanden waarborgsom aan den Staat zou vervallen;

„A. op het alzoo nedergelegd kapitaal tot een bedrag van *f* 400,000 krachtens a. 38 en 40 der Voorwaarden van concessie de concessionarissen geen regt meer hadden;

„A. die concessie niet is volbragt en op 23 Mei 1878 is vervallen verklaard;

„A. des echter bij dagvaarding van 21 Jan. 1886 de eischers vorderen eene som van *f* 487,392.46 als opbrengst van de op 10 Mei 1873 bij den Agent van Financiën afgegeven certificaten;

„A. de afgegeven certificaten eene grootere waarde hadden dan de som van *f* 400,000, die ter aanvaarding der concessie moest worden gestort, doch aan de eischers O. en W. op 13 Febr. 1884 alle waarde, welke *f* 400,000 met de daartoe behoorende rente te bovenging, is teruggegeven;

„A. alzoo tijdens de dagvaarding niets meer bij den Staat zich bevond dan de som van *f* 400,000 met de daarvan komende rente; waarop de concessionarissen geen aanspraak op teruggave hadden;

„A de eischers voor alles zijn niet-ontvankelijk in hunnen eisch, waarbij terugvordering van goederen en betaling van schuld verward worden, den eischer niet kan volgen, en voorts die eisch is geheel ongegrond zooals reeds uit het hiervoren gezegde blijkt;

„A. het beroep op gebruik en billijkheid o. a. reeds afstuiten op de duidelijke voorwaarden der concessie; het gebruik niets vermag in strijd met de geschreven bepalingen eener verbindtenis, en beweerde billijkheid niet tot het op zij zetten van wederzijds erkende voorwaarden leiden kan;

„A. de inbreng der concessie in de Vennootschap voor den Rotterdam-Munster-spoorweg de afgegeven waarde *niet heeft vrijgemaakt;* — dat kapitaal door geen ander vervangen en derhalve gebleven is in het verband, waaronder het bij de afgifte gekomen is;

„A. na de afgifte de concessionarissen geene aanspraak meer hadden op teruggave dan in de gevallen als bij de voorwaarden waren bepaald;

„A. zoodanig geval niet bestaat;

„A. wat de dagvaarding zegt over pand niets ter zake afdoet;

„A. zeer zeker na de vervallen-verklaring de Staat met het Staatseigendom doen kon zooals hem goeddacht;

„A. mitsdien de eisch, zooals hij gedaan is, moet worden verklaard te zijn niet ontvankelijk, immers en in allen gevalle behoort te worden afgewezen;

„Zoo concludeert Mr. C. J. François, als proc. van den ged^e tot niet-ontvankelijkverklaring, immers ontzegging, der ingestelde vordering c. a."

De gedaagde curators hebben zich bij hunne conclusiën omtrent deze vordering gerefereerd aan het oordeel van den H.-R.

Partijen hebben bij hunne conclusiën van re- en dupliek hunne stelling gehandhaafd.

Namens den Proc. G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze de volgende conclusie genomen:

„De eischers hebben van den Staat concessie verkregen tot den aanleg van een spoorweg van Rotterdam naar Arn-

hem; tot waarborg voor het naleven der voorwaarden van de concessie moest gestort worden een kapitaal van vier ton.

„De op 1 Mei 1873 gedane nederlegging van die som, werd later tevens bestemd voor de concessie voor een spoorweg van Arnhem langs Winterswijk naar de Pruissische grenzen,

„Volgens a. 56 van de Voorwaarden moet het waarborgkapitaal gestort worden in Nederlandsche munt of in Nederlandsche Staatseffecten.

„De concessionarissen hebben het laatste verkozen, en de in de dagvaarding genoemde effecten nedergelegd bij den Agent van het Ministerie van Financiën te Amsterdam.

„In 1875 hebben zij met goedkeuring van den Staat de concessie overgedragen aan de naamlooze vennootschap Rotterdam-Munster-Spoorwegmaatschappij.

„Blijkens a. 8 van de Statuten dier maatschappij hebben de eischers daarin ingebragt, onder meer, de voormelde concessie en bedongen, dat de eigendom van voormeld kapitaal aan hen zou verblijven, en dat de vennootschap verpligt was, binnen eene maand na hare oprigting, een nieuw waarborgkapitaal van vier ton in 's Rijks schatkist te storten, zoodanig dat zij de vrije beschikking over eerstgemelde zouden terugbekomen; die storting heeft er evenwel niet plaats gehad

„Tusschen partijen is er ook geen geschil: dat de lijn Arnhem-Pruissische grenzen op 1 Mei 1878 moest zijn voltooid, dat de gronden, benoodigd voor den aanleg van den spoorweg tot Houten waren onteigend, en dat op 1 Mei 1878 nog hoegenaamd geen begin met den aanleg van den spoorweg was gemaakt.

„Op 23 Mei d a. v. werden de concessiën ingetrokken, op grond, dat de Mij niet aan hare verpligtingen, ten op-

zigte van den termijn voor de voltooijing bepaald, had voldaan

„In 1885 heeft de Staat van de effecten zooveel verkocht als noodig was om het waarborgkapitaal en de renten, sedert den dag der intrekking van de concessiën in 's Rijks schatkist te kunnen storten; de overige effecten met de hun toekomende renten zijn aan de eischers teruggegeven tegen kwijting, waarbij zij zich alle regten reserveerden, doch zonder eenig protest tegen den plaats gehad hebbenden verkoop.

„Nu strekt de vordering om dat kapitaal met de renten ad *f* 487,392.46 terug te geven, subsidiair om de renten van het kapitaal, die de gedaagde meer dan het kapitaal van vier ton heeft behouden, te betalen, in elk geval tot schadevergoeding wegens de onbevoegde realisering van de gedeponeerde waarden.

„De ged^{e} heeft de niet-ontvankelijkheid van de geheele vordering beweerd, omdat de actie teruggave van goederen en betaling van schuld verwart, terwijl de eischers in hun sustenu teruggaaf van de effecten hadden moeten vorderen.

„Nu zeggen de eischers (prod 11) dat zij, op de gronden in de dagvaarding vermeld, die teruggave hebben gevorderd, maar het is van belang in dit geding naauwkeurig na te gaan, wat eigenlijk gevorderd is.

„Dat is teruggaaf van het provenu der effecten ad 4 ton met de renten, die de Staat zich wederregtelijk had toegeeigend, subsidiair teruggaaf der renten wegens onbevoegden verkoop van in pand gegeven waarden, en in elk geval, schadevergoeding voor de onbevoegde realisatie der effecten.

„Het zal de vraag kunnen zijn, of de gronden waarop de vorderingen rusten, niet met elkander in strijd zijn en alzoo de eene actie de andere uitsluit; maar ik kan niet toegeven, dat de geheele vordering daarom niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

„Nu steunt de principale vordering in de eerste plaats op de stelling, dat door de overdragt der concessiën aan de Rotterdam-Munster-Spoorwegmaatschappij er geene verpligtingen meer voor de eischers bestonden, wijl hunne effecten niet strekten tot waarborg voor de nakoming der verpligtingen van gezegde Maatschappij.

„A. 59 der Voorwaarden staat wel toe de concessie aan eene naamlooze vennootschap over te dragen, mits de Minister van Binnenlandsche Zaken de statuten goedkeure.

„Maar daaruit vloeit niet voort, dat bij overdragt der concessie, het waarborgkapitaal vrij zou zijn, voor en aleer er, volgens a. 8 der statuten, een ander in de plaats zou zijn gesteld.

„De Statuten regelden o. a. de regten en verpligtingen die de vennooten wederkeerig op zich namen; de Minister van Binnenl. Zaken had met die regeling niets te maken, en de voorgeschreven goedkeuring strekte, volgens art. 59, „opdat daarin niets voorkome, dat met de voorwaarden dezer concessie in strijd is."

„Het kapitaal bleef voor den Staat onder het verband dat er op lag, totdat het daaruit door de vennootschap was losgemaakt, want de overdragt van de concessie was een feit, vreemd aan den Staat, op wien geenerlei verpligting rustte om de vennootschap tot nakoming harer verbindtenissen tegenover de eischers te noodzaken.

„De tweede grond voor de vordering is, dat de bedongen poenaliteit niet kan worden ingeroepen, omdat de Staat zelf niet aan zijne verpligting heeft voldaan, daar slechts voor een klein gedeelte van den weg de noodige maatregelen voor de onteigening waren genomen in het begin van 1877, terwijl die op 1 Mei 1877 moest zijn voltooid. Mitsdien, zoo beweren de eischers, was de voltooijing onmogelijk door toedoen van den Staat, zoodat de strafbepaling der verval-

lenverklaring niet mogt zijn toegepast, terwijl a. 60 der Voorwaarden de teruggave van het kapitaal bepaalt, zoo de gronden niet kunnen worden onteigend ten gevolge van een votum van de Staten-Generaal.

„Vooreerst zij er op gewezen, dat de eerste concessie werd verlengd tot 1 Mei 1878, dat er alzoo alle tijd was om te toonen, dat het der Vennootschap opregt meenens was den spoorweg aanteleggen, maar er is geen spade in den grond gestoken tusschen Rotterdam en Houten.

„Aangenomen dat de Staat zijne verpligtingen niet zou zijn nagekomen, om tijdig in de onteigening van de gronden voor de geheele lijn te voorzien, zoo kon dit de Maatschappij regt geven op eene actie tot schadevergoeding tegen den Staat, het kon de vennootschap van *hare* verpligting, voorzoover die uitvoerbaar was, niet ontslaan.

„Zij verkeerde niet in het geval van a. 60 der Voorwaarden; de Staten-generaal hadden integendeel door aanneming der wet van 18 Jan. 1876, *St.* n° 14, blijk gegeven, dat ze dien ontworpen spoorweg van algemeen nut achtten; een lijntje toch alleen van Rotterdam tot Houten zou geen reden van bestaan hebben.

„De concessie is ingetrokken of vervallen verklaard op grond der duidelijke bepalingen van a. 39 j° a° 22 der voorwaarden: niet beginnen met den aanleg van den spoorweg was geconstateerd, *a fortiori* stond niet-voltooijing vast. Er is dan ook geen blijk ten processe dat de vennootschap den Staat *in morâ* heeft gesteld, omdat zij door zijn toedoen buiten Staat was die verpligtingen na te komen, die zij op zich had genomen.

„De vraag is naar luid van a 38 der Voorwaarden: hebben de concessionarissen binnen den gestelden termijn aan de aangegane verbindtenissen voldaan, en die vraag

kan niet anders dan ontkennend beantwoord worden; alzoo is de gestorte som aan den Staat vervallen.

„Hier bestaat ook geen der gevallen in de Voorwaarden opgenoemd, krachtens welke de teruggaaf van het waarborgkapitaal *moet* plaats hebben.

„De subsidiaire vordering van de rente ad *f* 87,392.46 berust op de stelling dat, volgens a 38 van de Voorwaarden, de waarborgsom ad *f* 400,000 aan den Staat vervalt, zoo de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen; dat de eischers effecten hadden gedeponeerd tot *pand* in plaats van eene som gelds, waarop de bedongen poenaliteit kon worden verhaald, maar dat de Staat eene niet rentedragende schuld niet rentedragend mogt maken, noch het pand zich geheel of ten deele toeëigenen.

„De judicieele contenance, welke de eischers tot staving van deze vordering aannemen, is eene geheel andere dan bij de principale vordering. Daar werd de wettigheid van den verkoop der Nederlandsche Staats-effecten niet betwist, en alleen het provenu van den verkoop met de renten gevorderd, voorzoover de effecten en renten niet aan de eischers waren uitgekeerd, die daarmede genoegen hadden genomen, zonder eenig protest tegen den verkoop, alleen met reserve hunner regten

„Nu wil het mij voorkomen, dat de eischers in deze subsidiaire vordering niet-ontvankelijk zijn, omdat deze vordering alleen dan zou hebben kunnen volgen, indien zij de effecten, die zij beweren dat hun eigendom waren gebleven, hadden teruggevorderd Immers door het provenu der verkochte effecten te vragen, werd stilzwijgend de wettigheid van dien verkoop erkend.

„Bovendien komt mij de bewering onjuist voor. Er moest een kapitaal worden gestort tot zekerheid voor de naleving der Voorwaarden, die storting moest geschieden in geld of

in Nederlandsche Staats-effecten, maar die effecten werden niet in pand gegeven; den concessionarissen werd alleen de keus gelaten in de wijze van storting; werden de voorwaarden nageleefd, dan kregen de concessionarissen de waarborgsom in geld of in effecten terug, maar was het tegendeel het geval, dan verviel het een of andere bij de vervallenverklaring aan den Staat, die natuurlijk de effecten niet aan de concessionarissen teruggeeft, maar ze verkoopt tot het bedrag van de waarborgsom en het meerdere terug geeft. Nu heeft dit wel eenige overeenkomst met eene inpandgeving, maar daarom is het dit niet, en in de Voorwaarden is ook geen sprake van pand.

„En wat nu aangaat de bewering, dat de Staat ten onregte rente heeft berekend van de 4 ton van af den dag der vervallen-verklaring van de concessie, omdat de effecten eerst later zijn verkocht, ook dit is onjuist, want van het oogenblik der vervallen-verklaring hadden de eischers geen regt op renten, die werden afgeworpen van een kapitaal, dat hun niet meer toebehoorde, onverschillig of dat kapitaal op dat oogenblik bestond in klinkende munt of in effecten.

„En waar nu door mij werd aangenomen, dat de Staat volkomen bevoegd was de effecten te verkoopen, die hem niet in pand waren gegeven, kan ook de vordering tot schadevergoeding wegens onbevoegden verkoop der effecten niet volgen en is deze met het oog op de principale actie evenzeer niet-ontvankelijk

„Ik heb daarom de eer te concluderen dat de gedane principale vordering zal worden ontzegd, en de beide subsidiaire vorderingen zullen worden verklaard niet-ontvankelijk, met veroordeeling van de eischers in de kosten ”

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat de eischers bij dagvaarding hebben beweerd dat

zij op 10 Mei 1873, ten kantore van den Agent van het Ministerie van Financiën te Amsterdam, hebben nedergelegd 263 certificaten 2½ percents, 129 certificaten 3 percents en 187 certificaten 4 percents, elk groot *f* 1000, Ned. Werk. Schuld;

„dat die nederlegging plaats had ten behoeve der hun bij de concessie opgelegde storting van een kapitaal ter somma van *f* 400,000, tot waarborg van het naleven der Voorwaarden van de aan de eischers op 1 Mei 1873 verleende concessie voor een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem, welke nederlegging later ook bestemd werd ten behoeve van de op 15 Mei 1874 verleende concessie van een spoorweg van Arnhem langs Winterswijk naar de Pruissische grenzen;

„dat zij die concessien op aandrang en met goedkeuring van den Staat in 1875 hebben overgedragen aan de vennootschap de Rotterdam—Munster-Spoorwegmaatschappij;

„dat volgens die concessiën, de lijn Rotterdam—Arnhem, op 1 Mei 1877 en die van Arnhem naar de Pruissische grenzen op 1 Mei 1878 voltooid moesten zijn, zijnde de termijn tot voltooijing van eerstgemelde lijn door de Regeering verlengd tot 1 Mei 1878;

„dat de Regering op 23 Mei 1878 de concessiën heeft ingetrokken op grond dat de Rotterdam—Munster-Spoorwegmaatschappij, aan wie de beide concessiën waren overgedragen, niet aan hare verpligtingen ten opzigte van den termijn voor de voltooijing bepaald, heeft voldaan;

„dat het kapitaal in de Wet op de Middelen voor 1884 onder de Middelen is opgenomen en van de gedeponeerde waarde door den Staat zooveel is verkocht als noodig was om een kapitaal van *f* 400,000 te verkrijgen, hetgeen heeft opgebragt in hoofdsom *f* 400,528.12[5] en aan renten tot den dag van verkoop *f* 105,132.56, waarvan de Staat heeft behouden *f* 400,000 aan kapitaal en aan renten tot den dag

van verkoop *f* 87,392.46, zijnde het overige der opbrengst, gelijk de niet verkochte effecten en coupons, aan de eischers teruggegeven;

„dat die toeëigening was in strijd met het gebruik en de billijkheid, die medebrengen dat het kapitaal aan de eischers teruggegeven wordt, zijnde nog nooit een waarborgskapitaal verbeurd verklaard;

„dat de billijkheid der teruggave in dit geval blijkt uit het feit, dat geenerlei publiek of privaat belang door de niet tijdige voltooijing van dezen spoorweg schade heeft geleden;

„dat dit uitdrukkelijk door de Regering is verklaard bij de indiening van het wetsontwerp tot teruggaaf van het waarborgskapitaal 16 Maart 1882 bij de Staten-Generaal ingediend en ook blijkt uit de weigering om de concessie op nieuw te verleenen;

„dat bedoeld depôt heeft plaats gehad tot waarborg van de naleving der verpligtingen aan de eischers bij meergemelde concessiën opgelegd;

„dat door de overdragt der concessiën op aandrang en onder goedkeuring der Regering, op de Rotterdam—Munster-Spoorwegmaatschappij er geene verpligtingen voor de eischers uit de concessiën meer bestonden, en de door eischers gedeponeerde effecten niet ook zijn aangewezen tot waarborg voor de vervulling der verpligtingen van den nieuwen concessionaris, zoodat het depôt zich thans zonder doel in de schatkist bevindt en behoort te worden teruggegeven aan de eischers;

„dat zelfs, aangenomen dat het depôt der eischers ook ware aangewezen tot waarborg voor de vervulling der verpligtingen van den nieuwen concessionaris, geene termen bestaan om het kapitaal, waarvoor de effecten gedeponeerd waren, verbeurd te verklaren ten behoeve van den Staat;

„dat volgens de concessiën het waarborgkapitaal tot een

bedrag van *f* 400,000 vervalt aan den Staat zoo de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen;

„dat bij beschikking van den Minister van Waterstaat, Handel en Nijverheid van 23 Mei 1878, n⁰ 23, de concessiën worden ingetrokken op grond dat de Rotterdam—Munster-Spoorwegmaatschappij niet aan hare verpligtingen heeft voldaan ten opzigte van den termijn voor de voltooijing van den spoorweg bepaald;

„dat die grond echter niet kan worden ingeroepen, omdat, wat de lijn Rotterdam—Arnhem betreft, slechts voor het kleinste gedeelte daarvan, de sectie Rotterdam—Houten, de wet tot verklaring van het algemeen nut eerst 18 Jan. 1876 en het Kon. besluit tot aanwijzing van de te onteigenen perceelen eerst 21 Dec. 1876 tot stand kwamen, zoodat de onteigeningsmaatregelen van Regeringswege voor dit deel der lijn eerst in den aanvang van 1877 genomen waren, terwijl de termijn van voltooijing bepaald was op 1 Mei 1877;

„dat voor het grootste gedeelte van de lijn van Houten naar Arnhem en voor de geheele lijn van Arnhem naar de grenzen, noch de wet tot verklaring van het algemeen nut ooit is ingediend, noch het besluit tot aanwijzing der te onteigenen perceelen genomen, noch eene internationale overeenkomst door de Regering is gesloten, hoewel dit, om dezen internationalen spoorweg tot stand te brengen, een vereischte was, ofschoon de eischers binnen den termijn daartoe bij de concessie aangewezen, alle stukken benoodigd voor den aanleg van den weg enz aan de Regering hadden ingediend;

„dat dus de onmisbare voorwaarde om den spoorweg te voltooijen ontbroken heeft, daar men zonder den noodigen grond geen spoorweg maken kan, en het ontbreken dezer voorwaarde moet worden toegeschreven aan den Staat, die

de noodige onteigeningsmaatregelen niet heeft genomen;

„dat a. 60 der concessie dan ook bepaalt dat, wanneer het algemeen nut der onderneming met betrekking tot de onteigening niet door de Staten-Generaal erkend wordt, het waarborgskapitaal teruggegeven wordt;

„dat de Regering dan ook de concessie heeft ingetrokken in geene andere gedachte dan om het waarborgkapitaal terug te geven;

„dat bovendien de Staat geenerlei vordering heeft gerigt tot de eischers of hen in de gelegenheid heeft gesteld om de verpligtingen uit de concessiën na te leven, alvorens hun eigendom vervallen te verklaren, maar integendeel op eene hernieuwde aanvraag van de eischers om concessie voor denzelfden spoorweg afwijzend heeft beschikt;

„dat de Staat derhalve verpligt is aan de eischers af te geven de opbrengst van hetgeen van de voor bedoeld waarborgkapitaal door eischers gedeponeerde waarde is verkocht, voor zooveel de Staat dit heeft behouden, ten bedrage van *f* 487,392.46;

„dat *subsidiair*, voor het geval de H.-R. mogt oordeelen dat de poenaliteit aan den Staat verschuldigd was, in elk geval de Staat nooit op meer aanspraak kan maken dan op eene som van *f* 400,000;

„dat toch de concessie in a 38 uitdrukkelijk bepaalt dat de waarborgsom tot een bedrag van *f* 400,000 aan den Staat vervalt, zoo de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen, en de omstandigheid dat de eischers het waarborgkapitaal niet in geld hebben gestort, maar daarvoor effecten hebben gedeponeerd, alleen tengevolge had, dat de Staat in de plaats van eene som gelds ontving een pand, waarop *casu quo* de bedongen poenaliteit kon worden verhaald, doch nooit, dat een hooger bedrag dan de bedongen poenaliteit aan den Staat vervallen kon;

„dat in het geval waarvoor deze subsidiaire vordering is ingesteld, waar niets meer verschuldigd was dan *f* 400,000 en geene renten waren bedongen, de omstandigheid dat de Staat niet onmiddellijk na het, naar zijne meening, verschuldigd worden der poenaliteit, het pand heeft verkocht, hem de bevoegdheid niet kan geven om eene niet rentedragende schuld rente-dragend te maken;

„dat de Staat dus in elk geval althans verpligt is om aan de eischers terug te geven wat hij in de opbrengst der door hem verkochte effecten en coupons boven de *f* 400,000 behouden heeft, ten bedrage van *f* 87,392.46;

„dat de Staat *in elk geval* verpligt is aan de eischers de schade te vergoeden, door hen geleden ten gevolge van den onbevoegden verkoop hunner effecten;

„dat in de onderstelling der hoofdvordering de Staat geenerlei regt tot verkoop had en deswege dus schadepligtig is;

„dat dit ook het geval is wanneer men de poenaliteit verschuldigd acht, daar de pandhouder alleen bevoegd is het pand te verkoopen na eene sommatie tot voldoening en de verkoop *in casu* heeft plaats gehad zonder dergelijke sommatie en tegen het van wege de eischers 31 Dec. 1883 tegen den verkoop bij deurwaarders-akte gedaan verbod;

„dat de eischers dus beroofd zijn geworden van de gelegenheid om het pand te lossen tegen betaling van het verschuldigde en de Staat verpligt is, wat ook omtrent de hoofd- of subsidiaire vordering moge worden beslist, tot vergoeding der kosten, schade en interesten door den onbevoegden verkoop aan de eischers toegebragt;

„O., dat de gedaagden sub 2° zijn gedagvaard om te gehengen en te gedoogen dat aan de eischers de primaire of subsidiaire of de in de laatste plaats gedane vordering zal worden toegewezen;

„O., dat de eischers op die gronden de gedaagden hebben gesommeerd de gestelde feiten op straffe regtens uitdrukkelijk te erkennen of te ontkennen en hebben gevorderd dat de gedaagden bij arrest van den H.-R. der Ned , uitvoerbaar bij voorraad, zullen worden veroordeeld: de gedaagde sub 1⁰ om aan de eischers tegen kwijting en afgifte van het bij de nederlegging der effecten afgegeven reçu te betalen de som van *f* 487,392.46, zijnde de opbrengst van hetgeen van de voor bedoeld waarborgkapitaal gedeponeerde waarde is verkocht en door den gedaagde niet is teruggegeven; *subsidiair*, om aan de eischers tegen kwijting te betalen de som van *f* 87,392.46, zijnde dit het bedrag van hetgeen de gedaagde van vermelde realisatie meer heeft behouden dan *f* 400,000, een en ander met de wettelijke interesten dier bedragen sedert den dag der dagvaarding, en *in elk geval*, om aan de eischers te vergoeden de kosten, schaden en interessen door hen geleden ten ge volge van de onbevoegde realisatie dier gedeponeerde waarden, nader op te maken bij staat;

„en de gedaagden sub 2⁰ om te gehengen en te gedoogen, dat de primaire, althans de subsidiaire en in elk geval de in de laatste plaats gedane vorderingen aan de eischers worden toegewezen en de gevorderde betaling dienvolgens aan hen plaats hebbe, *cum expensis;*

„O., dat de gedaagden sub 2⁰ daarop hebben verklaard zich geheel te refereeren aan het oordeel van den regter en geconcludeerd hebben, dat de kosten hunnerzijds gevallen zullen gebragt worden ten laste van de partij. welke zal worden in het ongelijk gesteld;

„O., dat de gedaagde sub 1⁰ heeft geantwoord: dat op 10 Mei 1873 aan den Agent van het Ministerie van Financiën te Amsterdam door de eischers als concessionarissen voor den aanleg en de exploitatie van een spoorweg van

Rotterdam naar Arnhem, zijn afgegeven de effecten bij al. 1 der dagvaarding bedoeld;

„dat dit plaats had ter aanvaarding en op den voet der concessie van den spoorweg, waarbij bepaald was in a. 40, dat bij vervallenverklaring de voorhanden waarborgsom aan den Staat zoude vervallen;

„dat de concessionarissen op het alzoo nedergelegd kapitaal tot een bedrag van *f* 400,000 krachtens de a. 38 en 40 der Voorwaarden van concessie geen regt meer hadden; dat de concessie niet is volbragt en op 23 Mei 1878 is vervallen verklaard;

„dat de eischers des echter bij dagvaarding van 21 Jan. 1886 vorderen de som van *f* 487,392.46 als opbrengst van de op 10 Mei 1873 bij den Agent van Financiën afgegeven certificaten;

„dat de afgegeven certificaten eene grootere waarde hadden dan de som van *f* 400,000 die ter aanvaarding der concessie moest worden gestort, en dat aan de eischers O. en W. op 13 Febr. 1884 alle waarden, welke *f* 400,000 met de daarbij behoorende rente te bovengingen, zijn teruggegeven;

„dat zich alzoo tijdens de dagvaarding niets meer bij den Staat bevond dan de som van *f* 400,000 met de daarvan komende rente, waarop de concessionarissen geene aanspraak op teruggave hebben;

„dat de eischers, voor alles, niet zijn ontvankelijk in hunnen eisch, waarbij terugvordering van goederen en betaling van schuld worden verward, en voorts die eisch is geheel ongegrond, zooals reeds uit het hiervoren gezegde blijkt;

„dat het beroep op gebruik en billijkheid onder andere reeds afstuit op de duidelijke Voorwaarden der concessie en het gebruik niets vermag in strijd met de geschreven be-

palingen eener verbindtenis, en beweerde billijkheid niet tot terzijdestelling van wederzijds erkende voorwaarden kan leiden;

„dat de inbreng der concessie in de vennootschap voor den Rotterdam—Munster-Spoorweg de afgegeven waarde niet heeft vrijgemaakt; dat kapitaal door geen ander is vervangen, en derhalve gebleven is in het verband, waaronder het bij afgifte is gekomen;

„dat na die afgifte de concessionarissen geen aanspraak meer hadden op teruggave, dan in de gevallen, als bij de Voorwaarden waren bepaald en zoodanig geval niet bestaat;

„dat het bij dagvaarding over pand gezegde niets ter zake afdoet, en de Staat na de vervallen-verklaring met het Staatseigendom doen konde zooals hem goeddacht;

„en heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging der ingestelde vordering, *cum expensis;*

„O., dat de eischers hebben gerepliceerd dat de bewering dat de vordering zoude zijn niet-ontvankelijk, klaarblijkelijk is onjuist, daar de vordering eenvoudig steunt op de verpligting van den ged., krachtens de bij dagvaarding uiteengezette gronden om de ten behoeve van het waarborgkapitaal bij den Staat gedeponeerde effecten terug te geven, dat de Staat door den verkoop dier effecten, waartoe hij onbevoegd was, zich de teruggifte onmogelijk heeft gemaakt en daaruit volgt dat de Staat, in de plaats der effecten de waarde daarvan en dus in de eerste plaats de opbrengst daarvan bij den verkoop, aan de eischers moet teruggeven;

„dat, gesteld de vordering tot uitbetaling van de opbrengst bij den plaats gehad hebbenden verkoop, ware als zoodanig niet-ontvankelijk (des neen), dan nog, behalve de vordering van *f* 87,392.46 voor de door ged. geïncasseerde coupons, ontvankelijk is de in de tweede plaats ingestelde vordering tot vergoeding der kosten, schaden en interesten door hen

geleden ten gevolge van de onbevoegde realisatie der gedeponeerde waarden, en dan het eenig gevolg van de gedeeltelijke niet-ontvankelijkheid der eerste vordering zoude zijn, dat de schadestaat, volgens de tweede vordering op te maken, ook zal omvatten de opbrengst van de gedeponeerde en verkochte effecten;

„dat, wat de beweerde ongegrondheid der vordering aangaat, de concessie uitdrukkelijk bepaalt, wanneer het waarborgkapitaal aan den Staat vervalt, namelijk wanneer de concessionarissen niet aan de aangegane verbindtenissen voldoen, en de eischers juist betwisten dat dit geval aanwezig is;

„dat de ged. klaarblijkelijk niet onderscheidt de bepalingen der concessie, welke tijd en wijze der teruggaaf regelen als de concessie geldt en uitgevoerd wordt, en de bepalingen die betrekking hebben op de vervallen concessie;

„dat de dagvaarding bovendien uitdrukkelijk stelt, dat het geval waarin volgens a. 60 der concessie het waarborgkapitaal moet worden teruggegeven, *in casu* aanwezig is, hetgeen met de overige gronden der dagvaarding door ged. met stilzwijgen is voorbijgegaan, en de eischers overigens verwijzen naar het bij dagvaarding ontwikkelde;

„dat wat den subsidiairen eisch en den in de tweede plaats gedanen eisch aangaat, ged. zich niet kan afmaken van de wetsbepalingen omtrent pand (o. a. van a. 1200 B.-W.) door eenvoudig te beweren dat, wat de dagvaarding zegt van pand, niets ter zake afdoet;

„dat, wat de feiten aangaat, tusschen partijen geen geschil bestaat en de eischers ten allen overvloede aanbieden al de gestelde feiten door getuigen en alle andere middelen te bewijzen, en hebben gepersisteerd bij den bij dagvaarvaarding gedanen eisch en subsidiair geconcludeerd voor het geval dat de H.-R zulks mogt noodig achten, dat de

eischers zullen worden toegelaten tot bewijs door getuigen en alle andere middelen, van de bij dagvaarding gestelde feiten, kosten regtens;

„O, dat de ged. heeft gedupliceerd, dat de eischers hadden moeten vorderen teruggave van de effecten en de ged. bij al die geschillen over de geregtigheid tot die effecten groot belang heeft, dat een juiste actie worde ingesteld;

„dat de bewering van onbevoegdheid om te verkoopen niet wordt erkend;

„dat bij eene tweeledige vordering de deugdelijkheid van de eene niet dekken kan de verkeerdheid van de andere, maar het geheel zooals het ligt niet-ontvankelijk maakt;

„dat de eischers zeggen te betwisten de vervallenverklaring der concessie en derhalve beweren, dat zij nog zijn concessionarissen en daarin onbetwistbaar een grond geleverd wordt waarom de door hen ingestelde vordering voor toewijzing onvatbaar is;

„dat toch op de bij de aanvaarding der concessie gestorte waarden de daardoor aanvaard hebbenden concessionarissen zijn geworden en geen aanspraak meer hebben op die waarden, dan in de gevallen waarin bij de voorwaarden der concessie teruggave is bepaald;

„dat al konden de eischers teregt de vervallenverklaring betwisten, — des neen — zij dan toch zouden moeten bewijzen, dat bij geldende concessie eenig geval bestaat dat tot teruggave zoude verpligten, hetgeen zij niet doen;

„dat over een beweerd pand de ged. kan volstaan met de ontkenning, dat er in deze sprake van is, en dat, hoever er verschil over de feiten bestaat, alleen kan blijken uit de overeenstemming der wederzijdsche schrifturen;

„weshalve hij heeft gepersisteerd bij de genomene conclusie;

„O., ten aanzien van het regt, en wel in de eerste plaats ten aanzien van de beweerde niet-ontvankelijkheid der vor

dering, dat noch tusschen het geëischte bij de verschillende vorderingen noch tusschen de grondslagen waarop die vorderingen steunen, zoodanige strijd bestaat dat zij uit dien hoofde niet te zamen zouden mogen worden ingesteld, terwijl ook, vermits beide vorderingen, niet zijn zakelijk, maar persoonlijk, ten onregte in de Memorie van dupliek beweerd is, dat in het stelsel der eischers de effecten zelve hadden moeten zijn teruggevorderd, zoodat er geen voldoende reden bestaat om haar of eene van haar niet-ontvankelijk te verklaren;

„O., ten aanzien van de eerste vordering: dat tusschen partijen is buiten geschil dat de eischers van den Staat concessie hebben verkregen, voor een spoorweg van Rotterdam naar Arnhem, welke concessie later is uitgebreid tot een spoorweg van Arnhem naar de Pruisische grenzen en tot waarborg voor de naleving van die concessie op 10 Mei 1873 hebben gestort het in de dagvaarding gemelde bedrag aan effecten, overeenkomstig de voorwaarden dier concessie, waarbij in a. 56 was bepaald, dat de waarborgsom van *f* 400,000 moest gestort worden in Nederlandsche munt of Nederlandsche Staatseffecten;

„dat de eischers in 1875, met goedkeuring van den Staat, de concessie, overeenkomstig a. 59 van de voorwaarden dier concessie, hebben overgedragen aan de Naamlooze Vennootschap Rotterdam—Munster—Spoorwegmaatschappij, en dat de lijn op 1 Mei 1878 moest zijn voltooid; dat de gronden benoodigd voor den aanleg van den spoorweg tot Houten waren onteigend, en op 1 Mei 1878 nog geen begin met den aanleg van den spoorweg was gemaakt, en dat de concessie op 23 Mei 1878 is ingetrokken, omdat de Maatschappij niet aan hare verpligtingen ten opzigte van den termijn van voltooijing had voldaan;

„dat de Staat de gestorte effecten in 1884 heeft ver-

kocht tot een bedrag noodig om het waarborgkapitaal ad *f* 400,000 en de renten daarvan sedert den dag der intrekking van de concessie in 's Rijks schatkist te storten, en dat de overige effecten aan de eischers zijn teruggegeven;

„O., dat de eischers zich tot staving hunner eerste vordering in de eerste plaats beroepen op gebruik en billijkheid, doch dat deze, indien zij mogten zijn in strijd met de aangegane overeenkomst, nooit als grond eener vordering zouden kunnen dienen, en dus alles afhangt van de beantwoording der vraag, of de Staat krachtens de concessie al of niet tot den verkoop geregtigd was;

„O., dat die vordering verder steunt op de bewering, dat door de overdragt der concessie, op aandrang en met goedkeuring van de Regering, op de Rotterdam—Munster—Spoorwegmaatschappij, geene verpligtingen uit de concessie meer op de eischers rustten en hunne effecten niet zijn aangewezen tot waarborg ook voor de vervulling der verpligtingen van den nieuwen concessionaris;

„O., dat wel bij a. 59 der concessie verlof gegeven wordt om de concessie aan eene daartoe op te rigten naamlooze vennootschap overtedragen, gelijk zulks dan ook, onder de bij a. 59 vereischte goedkeuring, is geschied; maar dat daaruit niet volgt, dat het door de concessionarissen, volgens a. 56 der concessie, gestorte waarborgkapitaal vrij zoude zijn van het daarop ten behoeve van den Staat gelegde verband, vermits de overdragt der concessie was eene zaak tusschen de eischers en de maatschappij en vreemd aan den Staat, die daarbij zijn regt op het gestorte waarborgkapitaal niet verliezen kon, hetgeen alleen dan zou hebben kunnen geschieden, wanneer de maatschappij voldaan had aan de door haar bij a. 8 der akte van vennootschap op zich genomen verpligting om een nieuw kapitaal in de

schatkist te storten „zoodanig dat de genoemde heeren" (de eischers) „de vrije beschikking over het eerstgemelde terugbekomen";

„O., dat de vordering der eischers verder rust op de bewering, dat de Staat zich niet op den verloop van den termijn zoude kunnen beroepen, omdat hij zelf niet aan zijne verpligting had voldaan, daar de noodige maatregelen tot onteigening slechts voor het kleinste gedeelte van den weg, van Rotterdam tot Houten, waren genomen eerst in het begin van 1877, terwijl die weg op 1 Mei 1877 moest zijn voltooid;

„O., dat ook die bewering, al ware zij gegrond, de vennootschap niet kon ontslaan van de op haar uit de concessie rustende verpligtingen voor zoover die uitvoerbaar waren, daar de eischers zich niet beroepen op overmagt in het algemeen, en hier geen sprake is van het geval in a. 60 der concessie voorzien, vermits de Staten-Generaal door de aanneming van de wet van 18 Jan. 1876, *St.* n⁰ 14, tot onteigening der benoodigde perceelen voor den weg tusschen Rotterdam en Houten, getoond hebben dat zij van oordeel waren dat de ontworpen spoorweg van openbaar nut was, en bovendien niet is wedersproken de bewering van den ged. dat zelfs geen spade was in den grond gestoken tusschen Rotterdam en Houten, zoodat vaststaat dat niet aan den weg begonnen was en dus van voltooijing geen sprake kan zijn;

„O., ten aanzien van de subsidiaire vordering, dat die vordering is ongegrond; dat toch volgens a. 56 der concessie, tot waarborg voor het naleven der concessie door concessionarissen moet worden gestort op 1 Mei 1873 een waarborgkapitaal ter somma van *f* 400,000, welke „storting geschiedt op een aan te wijzen landskantoor in Nederlandsche munt of in Nederlandsche Staatseffecten";

„O., dat die effecten mitsdien evenmin als de munt aan den Staat worden in pand gegeven tot waarborg van de eene of andere schuldvordering, maar alleen ter keuze van den concessionaris en in zijn belang, in plaats van munt, aan den Staat worden ter hand gesteld tot het vereischte bedrag, tot waarborg van het nakomen der concessie door den concessionaris, zoodat bij niet-nakoming het kapitaal, hetzij dan munt, hetzij dan effecten, ten behoeve van den Staat zoude zijn verbeurd;

„O. dat waar dit het geval is, het gestorte, zoowel het geld als de effecten, volgens a. 38 der concessie, tot eene waarde van *f* 400.000 het eigendom wordt van den Staat, die dan ook geregtigd is de rente van het gestorte van het oogenblik van verval af, te trekken, onverschillig of de effecten al dan niet op den dag van het verval zijn te gelde gemaakt;

„dat deze bevoegdheid, voor zoover noodig, nog verder blijkt uit de omstandigheid, dat volgens het aangehaald a. 56, de coupons der gestorte effecten alleen dan aan de concessionarissen werden ter hand gesteld, indien bleek dat zij aan al hunne verpligtingen hadden voldaan;

„O., dat mitsdien ook de subsidiaire vordering is ongegrond;

„O., ten aaazien van de tweede vordering, dat hier geen sprake is van een pand voor de eene of andere schuldvordering, vermits hier geen schuldvordering bestaat, maar alleen van eenen in geld of effecten bestaanden waarborg voor de nakoming van zekere verpligtingen, onverschillig of door de niet-nakoming daarvan schade is toegebragt of niet;

„O., dat de Staat dus, ingeval van niet-nakoming, volkomen bevoegd was de effecten of de gelden tot zich te nemen of te verkoopen, en dus hier van geene onbevoegd-

heid tot verkoop sprake kan zijn, zoodat ook de tweede vordering is ongegrond;

„Verwerpt het door den ged. voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid;

„Ontzegt aan de eischers de door hen gedane vorderingen, en veroordeelt hen in de kosten daarop, ook die aan de zijde der ged. sub 2⁰ gevallen;

„Verleent akte waarvan akte is gevraagd".

N⁰ 3005. — Arr. van 10 Februarij 1888

(A. 409 B.-R.; a. 22 K,; — a. 149 v. B.-W.)

Kan een bewering rustende op een geheel nieuwen feitelijken grondslag voor het eerst in cassatie worden te berde gebragt? — Neen.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De feiten dezer procedure, voor zoover ze deze instantie van cassatie raken, komen hierop neder:

dat J. en C⁰ een bedrag heeft gevorderd van N., groot ruim 29000 Mark; die vordering is door de regtb toegewezen met afwijzing van der gedaagde bewering, dat gezegd bedrag zou moeten worden gecompenseerd met een bedrag van 40000 Mark ruim, door J. verschuldigd, op grond dat niet gebleken was, dat J. en C⁰ op zich had genomen die beweerde schuld van J. te betalen.

„In appel kwam N met eene andere bewering, namelijk dat de compensatie wel en teregt was gevorderd, omdat J. en C⁰ geen vennootschap is, maar alleen een andere naam voor J. Het Hof oordeelde dat zulks niet was bewezen en in strijd met de uitdrukkelijke verklaring ter eerster instantie door N. gedaan, dat J. is solidair vennoot van

J. en C⁰; het bevestigde het vonnis *a quo*, op grond dat eene vennootschap niet aansprakelijk is voor de privé schulden der vennooten.

„Tegen die beslissing is als *eerste middel* van cassatie aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1461, 1462, 1655, 1902 B.-W.; a. 16, 22, 23, 30 K., en zoo noodig a. 348 al. 2. B.-R.

„In de eerste plaats is dit *middel* gegrond op de bewering, dat degene die als vennootschap optreedt die hoedanigheid moet bewijzen. Die bewering is volkomen juist, waar de tegenpartij die qualiteit ontkent, doch indien deze zulks niet doet en integendeel zelf de vennootschap heeft gedagvaard, welke op die dagvaarding verschenen is, is het bestaan van de vennootschap een *fait acquis au procès;* het Hof beschouwt het als zoodanig en geeft over het beweerde ontbreken van bewijs van het bestaan der vennootschap bovendien deze beslissing, dat niet is bewezen dat J. en C⁰ een andere naam is voor J.

„In de tweede plaats berust het *middel* op de stelling, dat het bewijs voor het bestaan eener vennootschap alleen kan geleverd worden door de acte in a 22 K. bedoeld en niet geput kan worden uit eene verklaring van den eischer.

„Hierdoor geldt hetzelfde, wat reeds gezegd is; het aangevallen arr. beweegt zich niet op het terrein van het bewijs; het bestaan van de vennootschap staat tegenover den eischer vast, tengevolge van zijne eigene judiciele contenance. A. 22 K. bedreigt ook geen absolute nietigheid tegen eene vennootschap, die zonder acte is aangegaan, en zegt evenmin dat het bestaan er van, onder geene omstandigheden kan worden bewezen verklaard, dan op grond der acte. De arr. van 23 Febr. en 2 Nov. 1883, worden gevonden in de *Regtspr* CXXXIII, blz. 189 en CXXXII, 61; v. d. Hon. *B.-R.* XLVIII, 177 en *ibid* XLIX, 1.

„En bovendien in *appel* is in het minst niet geventileerd eenige quaestie over het bewijs van het bestaan der vennootschap, of dit zou hebben moeten zijn geleverd, zoodat daarmede in cassatie niet voor het eerst kan worden voor den dag gekomen.

„En wat nu aangaat den derden grond, de eischer zegt zelf, dat a 348 B.-R. niet geschonden of verkeerd toegepast is, en de tegenpartij geeft dit toe.

„Dat is ook volkomen juist; in het arr. komt niets voor van een nieuwe weer of grond van regten; de nieuwe bewering J. en C° gelijk J., is bloot ter zijde gesteld, als in strijd met het in eerster instantie geacquireerde vaststaande feit van het bestaan der naamlooze vennootschap.

„In ieder geval zou, volgens de leer van den H.-R. die weer hier gedekt zijn door des eischers in cassatie in eersten instantie gedane verklaring (Mr. W. van Rossem, B.-R., ad a. 348, n° 73, litt. *h*).

„Het *tweede middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van a. 1461, 1462, 1465, 1655, 1656 en 1689 B.-W. en 16 en 17 K. Aangenomen, beweert de eischer, dat J. en C° werkelijk eene vennootschap is, dan moet de pretentie van N. op J. in ieder geval in compensatie worden gebragt, met het aandeel waarop J., als lid der firma, aanspraak kan maken, vermits eene vennootschap onder eene firma geene afzonderlijke regtspersoon is, en dus eene vordering der vennootschap toebehoort voor ieders quota aan de gezamenlijke vennooten.

„Tegen deze stelling is in de eerste plaats aangevoerd, dat zij berust op een geheel nieuwen feitelijken grondslag, en daarom niet voor het eerst in cassatie kan worden te berde gebragt.

„In appel is de bewering gevoerd: J. en J. en C°. is dezelfde persoon, daarom is compensatie met regt gevor-

derd. Thans daarentegen keert men terug tot de vroegere sustenu dat ze niet dezelfden zijn, maar, dat men regt heeft om compensatie te vorderen met het aandeel van J. in de vordering van de vennootschap J. en C^{0}.

„Niet omdat in appel compensatie met de geheele en nu slechts met de vordering van een deel in de vordering der vennootschap wordt gepretendeerd, maar omdat het fundament, waarop deze bewering in cassatie berust, een geheel ander is, schijnt het *middel* inadmissabel.

„En nu het *middel* zelf. Dat eene vennootschap onder eene firma geen regtspersoon is, zooals een zedelijk ligchaam, is de algemeene thans aangenomen leer. De vennootschap vereenigt eenige personen; het zedelijk ligchaam maakt ze tot één persoon. Het kenmerkend onderscheid ligt daarin dat de leden van het zedelijk ligchaam buiten dien regtspersoon staan, ook met opzigt tot hun vermogen; niet alzoo de vennooten, die persoonlijk aansprakelijk zijn voor de vennootschap, terwijl de vennootschap eindigt door den dood van een der vennooten, en de goederen der vennoot schap hun gemeen zijn.

„Maar uit het gemis van regtspersoonlijkheid, uit het gemeen zijn der goederen, volgt allerminst de juistheid van des eischers beweren, dat de vorderingen der vennootschap gecompenseerd worden met de vorderingen op de bijzondere personen der vennooten.

„De vennootschap heeft m. o wel degelijk een vermogen tot een bepaald doel, afgescheiden van het overige vermogen der vennooten, hetwelk gebezigd wordt om daarmede winst te behalen, hetwelk aangesproken kan worden voor de schulden der vennootschap zelve, maar dat, zoolang de vennootschap in wezen is, geen verband houdt met het bijzonder vermogen der vennooten; het is een afgezonderd vermogensdeel der vennooten. Wel bepaalt a. 18 K. dat

elk der vennooten, wegens de verbindtenissen der vennootschap hoofdelijk voor het geheel aansprakelijk is, dat alzoo ieder der vennooten in zijn privé als het ware borg is voor de firma, maar daaruit volgt niet omgekeerd, dat de schuld aan een vennootschap kan worden gecompenseerd met een schuld, die een vennoot niet voor de vennootschap, maar in zijn privé aan dien persoon heeft te voldoen. Met hoofdelijke aansprakelijkheid hebben we eigenlijk in deze niets te maken; de vennootschap zelve heeft een schuldenaar aangesproken, waartoe zij volkomen het regt had, want de wet geeft haar het *jus standi in judicio*, en nu is de vennoot in zijn privé een ander persoon, dan de eischende partij met wie dus niet gecompenseerd kan worden, immers schuldeischer en schuldenaar zijn niet dezelfde persoon.

„De wetgever heeft gewild, dat eene vennootschap als persoon zou kunnen optreden, dagvaarden en gedagvaard worden, dat zij een kapitaal kan hebben om daarmede handel te drijven, en al moge dat kapitaal niet volkomen afgescheiden zijn van de private vermogens der vennootschap, zooals bij corporatiën, dan resulteert daaruit toch niet dat deze persoons-vereeniging aansprakelijk zou zijn voor de privé schulden der personen, die zich vereenigd hebben.

„Zoolang de vennootschap duurt, zoolang althans de vennoot schuldenaar van een derde, nog *socius* is, staat zijn aandeel in de vennootschap niet op ééne lijn met zijne overige vermogensbestanddeelen, hij heeft daarover niet de vrije beschikking, ten aanzien van handelingen die zijn particulier vermogen raken; in een woord, het is geen *liquide* deel van zijn vermogen ten aanzien van derden, en zóó toch wil de eischer het aangemerkt hebben, wat ik mij van zijn standpunt ten volle kan begrijpen.

„De bepalingen der wet toonen ten duidelijkste aan, dat

de wetgever deze vennootschap niet denkbaar oordeelde, zonder een zelfstandig maatschappelijk kapitaal, en dat daarom haar zoodanige persoonlijke regten zijn geschonden, welke haar in onderscheidene harer regtsbetrekkingen moeten doen beschouwen als eene persoonlijkheid geheel afgescheiden van hare deelgenooten.

„Ik houd dus ook dit *middel* voor ongegrond. Men zie hierover KIST III, 144, 187, 168, 275; — THEMIS 1881 bl. 347, meer bepaald bl 361 volg.; H.-R. 11 Junij 1880 *Regtspr.* CXXV, 131, v. D. HON, *Z. en R.* VI, 286; 2 Febr. 1877, *Regtspr.* CXV, 129; v. D. HON., *ibid.* 139; *Handelingen Ned. Juristenvereeniging* 1881, adviezen van Mr. HINGST en LODER.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 1461, 1462, 1655 en 1902 B.-W., van de a. 16, 22, 23 en 30 K en voor zooveel noodig van a. 348, al 2 B.-R, doordien bij het beklaagde arr is verworpen de bewering van den eischer in cassatie dat J. en C° geene vennootschap is, maar alleen een andere naam van J., op grond dat zulks niet bewezen is en bovendien in strijd zou zijn met de uitdrukkelijke verklaring ter eerste instantie door N. gedaan, dat J. is solidair vennoot van J. en C°;

„dat ter ondersteuning van het *middel* is aangevoerd dat, waar eene vennootschap als eischeres optreedt, het bewijs dat er werkelijk eene vennootschap bestaat, en dat de firma niet enkel de naam is waaronder een persoon handelt, rust op hem of hen, die als vennootschap optreden; terwijl dit bewijs niet geput kan worden uit de in het arr. bedoelde verklaring van den eischer in cassatie, al ware het slechts

omdat het alleen kan worden geleverd door de schriftelijke, bij a. 22 K., gevorderde akte;

„O. daaromtrent, dat noch in eersten aanleg noch in hooger beroep door den eischer in cassatie het regt der verweerderesse betwist is om als handelsvennootschap onder de firma J. en C° op te treden, en er dus geene aanleiding bestond om aan deze dienaangaande eenig bewijs op te leggen;

„dat hij enkel de aansprakelijkheid der verweerderesse voor zijne vordering op J. in privé heeft afgeleid uit de beweerde omstandigheid dat J. en C° geene vennootschap zoude zijn, maar alleen een anderen naam voor J.;

„dat het Hof die redenering verworpen heeft, omdat eischers bewering niet bewezen was en bovendien in strijd met zijne uitdrukkelijke verklaring ter eerste instantie, dat J. solidair vennoot was van J. en C°;

„dat het Hof derhalve geweigerd heeft in een nader onderzoek omtrent het gestelde feit te treden, omdat het in strijd was met hetgeen als tusschen partijen uitdrukkelijk erkend moest worden aangenomen;

„dat deze beslissing omtrent hetgeen ten processe vaststond van feitelijken aard is, geen der aangehaalde artikelen verbiedt het bestaan eener vennootschap met welke men een geding voert, uitdrukkelijk te erkennen, en tegen de aldus gegeven beslissing in cassatie niet kan worden opgekomen;

„dat het *eerste middel* mitsdien is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 1461, 1462, 1465, 1655, 1656 en 1689 B.-W., de a. 16 en 17 K., doordien bij het beklaagde arr. is aangenomen dat wanneer J. en C° is eene vennootschap, waarvan J. vennoot is, de vordering van N op J. niet kan worden gecompenseerd met de vordering van J. en C° op N.;

„dat ter ondersteuning van het *middel* is aangevoerd, dat de vennootschap onder firma niet is een op zich zelf staande van de vennooten afgescheiden regtspersoon, die eigenaar is van het vennootschappelijk vermogen, maar dit vermogen blijft het gemeenschappelijk eigendom van die vennooten, dat eene vordering der vennootschap is eene vordering, toebehoorende aan de gezamenlijke vennooten, en wel aan ieder voor zijne *quota pars*, zoodat zelfs als J en C° werkelijk eene vennootschap is, dan toch de vordering van N. op J. wel degelijk kon en moest gecompenseerd worden met het deel van den vennoot J. in de vordering van J. en C°. op N ;

„O., dat hieromtrent teregt door verweerderesse is aangevoerd dat deze bewering, rustende op een geheel nieuwen feitelijken grondslag, niet voor het eerst in cassatie kon worden te berde gebragt;

„dat toch in eersten aanleg tot staving van het beweerde regt des eischers om zijne vordering op J., als vennoot in de ontbonden firma S en B, optenemen in zijne rekening-courant met de verweerderesse, van welke firma J. solidair vennoot zou zijn, beroep gedaan is op den aard der zaak en op eene deswege gesloten overeenkomst; terwijl in hooger beroep is aangevoerd, dat eischer herhaaldelijk geweigerd zou hebben aan J. voor zijne nieuwe firma crediet te geven, zoo niet de oude schuld werd afgedaan, en bovendien de compensatie wettig was, omdat J. in S en B. dezelfde was als J. in J. en C°;

„dat er dus in vroegere instanties geen sprake is geweest van de thans gevoerde bewering, dat de vordering der verweerderesse van regtswege gedeeld zou zijn tusschen de onderscheidene leden dezer firma, en die bewering dan ook tot geheel andere resultaten zou leiden dan het vroeger door eischer gevoerde stelsel, omdat uit dit laatste com-

pensatie met de geheele vordering der verweerderesse zoude volgen en thans slechts compensatie met een deel daarvan beweerd wordt;

„dat omtrent het tegenwoordig stelsel des eischers, bij *judex facti* niet voorgedragen, geene beslissing in het bestreden arr. voorkomt, en geen der aangehaalde artikelen dus in zooverre kan zijn geschonden;

„dat mitsdien ook het *tweede middel* is ongegrond:

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten"

N⁰ 3006. — Arr. van 17 Februarij 1888.

(A. 859 j⁰ a⁰ 855 K.; a. 1223, al. 2., B.-W.)

Moet ingevolge a. 859 *j⁰ a.* 855 *K. de eerste hypothecaire crediteur, die krachtens het beding van a.* 1223, *al.* 2, *B-W. het verbonden goed verkocht heeft, in geval van faillissement, hetgeen het verkochte perceel meer heeft opgebragt dan het hem als eersten hypotheekhouder verschuldigde, uitkeeren aan den curator?* — JA.

Behoort de meerdere opbrengst tot de baten van den faillieten boedel, die de curator bij het eindigen van zijn beheer moet verantwoorden, zoodat de curator wel degelijk geacht moet worden bij de opvordering van het bedrag belang te hebben? — JA.

Kan de eerste hypotheekhouder, die krachtens de bedongen onherroepelijke volmagt het verbonden goed verkocht heeft, slechts de kosten welke om tot den verkoop te geraken moesten worden aangewend, uit de opbrengst verhalen? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a 1223 en 1254 B-W. en van de a. 770, 855, 858 en 859 K.; uithoofde is beslist

dat de 1e hypotheekhouder, die het beding heeft gemaakt van a. 1223 B.-W. en dientengevolge het perceel in het openbaar heeft verkocht, ingeval van faillissement van zijnen hypothecairen schuldenaar niet bevoegd is, hetgeen het verkochte perceel meer heeft opgebragt dan het hem als eersten hypotheekhouder verschuldigde, uittekeeren aan de volgende, op dat bedrag regthebbende hypotheekhouders, maar verpligt is dat uittekeeren aan den curator, wiens regt tot ontvangst en opvordering van dat bedrag bij de wet zou zijn erkend.

„Het *middel* komt mij ongegrond voor, a. 859 K. luidt: „De hypothecaire schuldeischer *waarvan bij het vorige a.* is ge„handeld, is, na den verkoop van het verbonden perceel, „tot *dezelfde verpligtingen* gehouden, als bij het *eerste* lid „van a. 855 ten aanzien van den pandhouder of beleener „is vermeld." In het vorige a. wordt blijkens de verwijzing naar a. 1223 B.-W. gesproken van den 1en hypothecairen schuldeischer. En nu is deze, ingevolge de verwijzing naar het 1e lid van a. 855 „verpligt de opbrengst van het voor„werp aan de curators te verantwoorden met *uitkeering* van „hetgeen die opbrengst het *verschuldigde* met de interesten „en kosten te bovengaat". Het is duidelijk dat hier niet anders kan zijn bedoeld dan het aan *hem* 1e hypothecairen schuldeischer verschuldigde en niet, zooals is gepleit, kan zijn bedoeld het aan anderen, b. v. aan den volgenden hypothecairen schuldeischer, verschuldigde. Reeds uit een spraakkunstig oogpunt is geen andere uitlegging mogelijk. Maar bovendien blijkt het ongegronde der bewering uit de vergelijking met a. 537 *C. de C.* waar gesproken wordt van „créance" en niet die met a. 510 B.-R.

„Even weinig gegrond is het *tweede middel*, aldus luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 1282 en 1401 B.-W. en de a. 813, 855, 859 en 862 K., omdat het arr·

de bewering, dat er bij de vordering geen belang bestond, afwijst op grond, dat de curator moet zorgen voor de vereffening van den boedel, en de vraag of de gelden van den 2en en 3en hypotheekhouder teregt zijn uitgekeerd en de boedel daardoor al of niet is benadeeld, eerst kan uitgemaakt worden bij de door den regter-commissaris te maken rangschikking." Deze laatste grond waarop de bewering van den eischer in cassatie door het Hof is afgewezen, wordt in het arr. slechts subsidiair aangevoerd. Hoewel volkomen jüist is toch die grond van minder belang. Maar waarop het hier aankomt en waarop teregt ook door het Hof de nadruk is gelegd, is dit, dat de curator is belast met de vereffening van den boedel en dat hem meer bijzonder bij a. 855 en dus ook in geval van a. 859, de verpligting is opgelegd zorg te dragen dat de opbrengst hem worde verantwoord, en dat hem daarvan worde uitgekeerd hetgeen het verschuldigde, met de interesten en kosten te bovengaat. Het bestaan nu dier verpligting brengt natuurlijk met zich des curators *belang* om den 1en hypothecairen schuldeischer, die weigert aan de wettelijke voorschriften te voldoen, door middel eener regtsvordering daartoe te noodzaken.

„Eindelijk het laatste *middel*, namelijk: schending en verkeerde toepassing van a. 1375 B.-W. en van de overweging en van a. 3 en 4 van de wet van 31 Maart 1847, *St.* n° 12, houdende vaststelling van het Tarief van het honorarium der Notarissen, omdat is beslist, dat de werkzaamheden door den notaris, doch niet als zoodanig, maar als administrateur handelendc, aangewend tot verkoop van het pand, niet behooren te worden betaald, noch wat salaris, noch wat verschotten betreft, omdat alleen behooren vergoed te worden de werkzaamheden van den notaris in a. 3 der wet van 31 Mrt 1847, *St.* n° 12 bedoeld,

en ook niet is aangetoond, dat het gevraagd bedrag had moeten worden uitgegeven." Ook van dit laatste middel komt mij de onjuistheid niet twijfelachtig voor

„Het Hof zegt niet, dat de werkzaamheden door een notaris of administrateur verrigt, nooit mogen worden vergoed, maar alleen, dat er eerst dan van vergoeding sprake kan zijn, wanneer het bewijs is geleverd dat die werkzaamheden zijn verrigt en dat daarvoor het beweerde bedrag is besteed, doch dat *in casu* dat bewijs door den tegenwoordigen eischer in cassatie niet is geleverd. Eene uitspraak die, naar ik meen, onbetwistbaar juist mag worden genoemd, en voor zoover ze een feitelijk karakter draagt, onaantastbaar is.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat door den eischer als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1223 en 1254 B.-W. en van de a. 770, 855, 858 en 859 K., uithoofde is beslist dat de 1e hypotheekhouder, die het beding heeft gemaakt van a. 1223 B.-W. en dientengevolge het perceel in het openbaar heeft verkocht, in geval van faillissement van zijnen hypothecairen schuldenaar niet bevoegd is hetgeen het verkochte perceel meer heeft opgebragt dan het hem als 1en hypotheekhouder verschuldigde uit te keeren aan de volgende op dat bedrag regthebbende hypotheekhouders, maar verpligt is dat uit te keeren aan den curator, wiens regt tot ontvangst en opvordering van dat bedrag bij de wet zou zijn erkend;

„O., dat volgens a. 859 K. de 1e hypothecaire schuldeischer, die overeenkomstig a. 858 van dat wetboek krach-

tens het beding van het 2e lid van a. 1223 B.-W. de verbondene goederen verkocht heeft, tot dezelfde verpligtingen is gehouden als bij het 1e lid van a. 855 K. ten aanzien van den pandhouder of beleener zijn vermeld, dat is, om de opbrengst van het verkochte aan den curator te verantwoorden, met uitkeering van hetgeen de opbrengst het verschuldigde met de interesten en kosten te boven gaat;

„dat met betrekking tot den hypothecairen schuldeischer door „het verschuldigde" evenmin als in a. 510 B-R. door „het verschuldigde ter zake van vordering, waarvoor hij zijn regt uitoefent" iets anders kan verstaan worden dan het bedrag der 1e hypotheek, omdat volgens a. 1223 het beding der onherroepelijke volmagt alleen het regt geeft om *dat* bedrag met de interesten en kosten uit de opbrengst te verhalen;

„dat derhalve het Hof teregt heeft geoordeeld, dat de app. (eischer in cassatie) hetgeen het verkochte perceel meer heeft opgebragt dan het hem als 1en hypotheekhouder verschuldigde aan den geint. (verw. in cassatie) in diens qualiteit van curator had moeten uitkeeren, en dat bijgevolg het *eerste middel* is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1282 en 1401 B.-W. en de a. 813, 855, 859 en 862 K., omdat het arr. de bewering, dat er bij de vordering geen belang bestond, afwijst op grond dat de curator moet zorgen voor de vereffening van den boedel, en de vraag of de gelden aan den 2en en 3en hypotheekhouder teregt zijn uitgekeerd, en de boedel daardoor al of niet is benadeeld, eerst kan uitgemaakt worden bij de door den regter-commissaris te maken rangschikking;

„O, dat ook dit *middel* is onaannemelijk;

„O., toch dat de gelden welke de 1e hypothecaire schuldeischer ingevolge de a 859 en 855 aan den curator moet uitkeeren, behooren tot de baten van den faillieten boedel; dat de curator deze baten bij het eindigen van zijn beheer moet verantwoorden, zoodat de bewering waarop het middel steunt, dat de verw. bij het opvorderen van de opbrengst van het verbonden perceel, in zoover die de 1e hypotheek met de interesten en kosten te boven gaat, geen belang zou hebben, van allen grond is ontbloot;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1375 B.-W. en van de overweging en van de a. 3 en 4 der wet van 31 Maart 1847, *St.* n^0 12, houdende vaststelling van het Tarief van het honorarium der notarissen, omdat is beslist dat de werkzaamheden door den notaris, doch niet als zoodanig, maar als administrateur handelende, aangewend tot verkoop van het pand, niet behooren te worden betaald, noch wat salaris, noch wat verschotten betreft, omdat alleen behooren vergoed te worden de werkzaamheden van den notaris in a. 3 der wet van 31 Maart 1847, *St.* n^0 12, bedoeld, en ook niet is aangetoond dat het gevraagd bedrag had moeten worden uitgegeven;

„O., dat in het bestreden arr. de vordering van den app. om de kosten, waarop dit *middel* betrekking heeft; in rekening te brengen, is afgewezen mede op de overweging, dat hij ook in hooger beroep in gebreke is gebleven aan te toonen dat werkelijk dat bedrag is moeten worden uitgegeven;

„dat vermits de 1e hypotheekhouder, die krachtens de bedongen onherroepelijke volmagt het verbonden goed verkocht heeft, slechts de kosten, welke om tot den verkoop te geraken moesten worden aangewend, uit de opbrengst

kan verhalen, op voorzegde feitelijke beslissing het *middel* afstuit;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 3007. — Arr. van 24 Februarij 1888.

(A. 164 B.-W.)

Moet het bij a 164 *B.-W. bedoelde regtsvermoeden beperkt worden tot het geval dat de echtelieden in de echtelijke woning te zamen wonen?* — NEEN.

Kan de aldaar bedoelde veronderstelde bewilliging te niet gedaan worden door het enkele feit, dat de vrouw niet in de echtelijke woning verblijf houdt? — NEEN.

De Proc.-G heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 164 in verband met de a. 160—163 en 176 B-W., omdat het vonnis het exceptioneel regtsvermoeden van a. 164 uitbreidt tot het geval, dat de vrouw een huishoudelijken aankoop doet voor haar gezin (nog wel uit hare voorkinderen bestaande), waarmede zij, eigenmagtig gescheiden van den man, buiten de echtelijke woning woont.

„Dat het gezin van des eischers vrouw te Sloten uit hare voorkinderen bestond, dit blijkt *in facto* niet, maar wel staat feitelijk vast, dat de verw. aan des eischers vrouw, die te Sloten, en niet met haren man te zamen woont, voor haar en haar gezin heeft geleverd een door haar gekochte kagchel met toebehooren voor *f* 50.90. De eischer is in eersten aanleg tot betaling dier som veroordeeld, en de regtbank, die uitspraak bevestigende, heeft niet ter zake dienende geoordeeld het door den eischer aangeboden be-

wijs van het feit: „*dat zijne vrouw zonder zijne voorkennis en toestemming en zonder eenige wettige reden de echtelijke woning met hare voorkinderen heeft verlaten en daarin nooit weer is teruggekeerd*," niet omdat dit feit zou zijn irrelevant tegenover de bekentenis van den eischer, dat hij zijn maritalen bijstand heeft verleend voor den verkoop en de overschrijving ten name van zijne vrouw van het door haar bewoonde huis te Sloten, maar omdat derden, met de vrouw handelende, zich niet de vraag hebben te stellen of de man zijn toestemming heeft gegeven, dat de vrouw afgezonderd van hem leeft met het gezin, maar alleen, of de te doene uitgave moet strekken tot voorziening in gewone en dagelijksche behoeften van het gezin, dewijl op den man rust de verpligting zijne vrouw te verschaffen, overeenkomstig zijn staat en vermogen, wat zij noodig heeft, zelfs indien zij niet met hem te zamen woont, zoolang niet door eene wettelijke scheiding die verpligting heeft opgehouden te bestaan.

„Dat is, zegt de eischer, onjuist; want wel veronderstelt a. 164 dat de vrouw de bewilliging van haren man heeft bekomen om te handelen en verbindtenissen aan te gaan wegens de gewone en dagelijksche uitgaven zijner huishouding, omdat de man geacht wordt het bestuur daarvan aan zijne vrouw te hebben opgedragen, maar de huishouding die de vrouw, welke gescheiden van haren man leeft, heeft opgezet is niet de huishouding die zij voor haren man bestuurt, en voor de uitgaven ten behoeve van die huishouding kan de wettelijke veronderstelling van a. 164 niet worden ingeroepen.

„Ik meen de juistheid dier voorstelling te mogen betwijfelen. A. 164 spreekt niet van de in *de echtelijke woning gedrevene huishouding*, maar van *de huishouding*, dus van de huishouding der echtelieden, zooals zij in elk bijzonder ge-

val bestaat En die huishouding behoeft niet noodzakelijk gedreven te worden in de maritale woning, zij kan ook zeer wel zijn gesplitst, zooals b.v. in het waarlijk niet zeldzaam voorkomend geval, dat terwijl de man, omdat zijn beroep of ambt dit vordert, met een gedeelte van het gezin in eene plaats is gevestigd, de vrouw om redenen van gezondheid, of voor de opvoeding der kinderen, elders verblijft Hoe de huishouding der echtelieden is ingerigt, dat gaat derden niet aan. Voor derden is ook de gesplitste huishouding der niet van tafel en bed gescheiden echte lieden, de huishouding der echtelieden, tot welker bestuur de man geacht wordt volmagt aan zijne vrouw gegeven te hebben; en, indien dan de man, met de overbrenging door de vrouw van een gedeelte der huishouding naar elders geen genoegen nemende, door de ten behoeve dier ge splitste huishouding geslotene overeenkomsten van zijne vrouw niet wil geacht worden gebonden te zijn, omdat het niet zijne bedoeling is geweest zijne vrouw daartoe volmagt te geven, dan kan hij niet volstaan met te bewijzen, dat zijn vrouw zonder zijne toestemming huishoudt, maar moet hij aantoonen, dat degene met wien zijne vrouw gehandeld heeft, met die omstandigheid bekend was. Maar wel verre dat van dit feit in deze het bewijs zou zijn geleverd of aangeboden, staat hier ten processe vast, omdat de eischer dit zelf heeft erkend, dat de eischer zijnen maritalen bijstand heeft verleend voor den aankoop en de overschrijving ten name van zijne vrouw van het door haar te Sloten bewoonde huis, dus van het huis, waarin de vrouw des eischers afzonderlijk huishield, toen zij de kagchel kocht, tot betaling waarvan de eischer in dit geding wordt aangesproken.

„In den *Code* komt eene bepaling, als die van ons a. 164, niet voor, en waar de *Code* geldt hangt op dit punt alles af van het

arbitrium judicis. Daarom hecht ik in deze niet veel aan de fransche jurisprudentie, maar wil men zich daarop beroepen, dan veroorloof ik mij de aandacht van den Raad te vestigen ook op een vonnis van de Brusselsche regtb, aangehaald in de *Codes Belges annotés par* BELTJENS op a. 214 *C.-C.*, sub n° 15, bij welk vonnis is uitgemaakt, dat *tegenover derden* de vrouw geacht moet worden te bezitten *mandat tacite* van haren man om te koopen wat noodig is voor haar onderhoud, en zulks ook dan wanneer, hangende eene instantie tot echtscheiding, de man veroordeeld is eene *pension* aan zijne vrouw uit te keeren, *wanneer derden niet daarvan zijn onderrigt.*

„Hier te lande is de regtspraak verdeeld en bij de schrijvers over het B.-W. heb ik niets gevonden.

„VAN HALL maakt op pag. 224 van zijne *Handleiding* de opmerking, dat de bepaling van a. 164 dit bezwaar heeft, dat een ieder geacht zal worden over huiselijke zaken wettiglijk met de vrouw overeenkomsten te hebben aangegaan, zoolang de man niet bewijst dat hij de lastgeving heeft ingetrokken, *en dat de schuldeischer die intrekking gekend heeft of heeft moeten kennen.* En daarin ligt het antwoord op de bewering van den eischer, dat de man, die aan den bestaanden, door hem niet gewilden toestand eener dubbele huishouding, niet door eene actie tot scheiding van tafel en bed een einde wil maken, geen voldoend middel aan de hand heeft om preventief op te treden. Want dat is niets anders dan een grief *tegen de wet*, die voor de intrekking der veronderstelde inwilliging van a. 164 geene bepaling inhoudt als die van het laatste lid van a. 168, eene leemte waarin a. 146 van het Ontwerp der Staats-commissie wijselijk tracht te voorzien.

„En nu moge eindelijk VAN LEEUWEN, *R.-H.-R.* I, 5, n° 8, spreken van de GEMEENE huishouding, het blijft de vraag

of naar ons B.-W. *tegenover derden*, die a. 164 dan toch wel in de eerste plaats op het oog heeft, de huishouding zooals zij bestaat is de huishouding der echtelieden, d. i. de gemeene huishouding, zij moge zijn opgezet in de maritale woning of gesplitst gedreven worden, in het bestuur waarvan de vrouw *tegenover derden* is de mandataris van haren man, zoolang niet blijkt dat derden wisten of weten moesten, dat het afzonderlijk huishouden door de vrouw tegen den wil van haren man plaats had, en dus ook dat haar, toen zij met hen handelde, volmagt van haren man ontbrak om voor de door haar opgezette huishouding haren man te verbinden.

„Ik geloof dus, dat het *middel* niet kan opgaan; maar oordeelt de Raad, dat er termen tot cassatie bestaan, dan zal de zaak moeten worden teruggewezen om te beslissen, of het feit, waarvan de eischer bewijs aanbiedt, tot de beslissing der zaak kan leiden, nu ten processe vaststaat, wat ik omtrent den aankoop van het door des eischers vrouw te Sloten bewoonde huis heb medegedeeld.

„Ik concludeer tot rejectie, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST — De H.-R. d. Ned. enz

„O, dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 164, in verband met de a. 160—163 en 176 B. W., omdat het vonnis het exceptioneel regtsvermoeden van a. 164 uitbreidt tot het geval dat de vrouw een huishoudelijken aankoop doet voor haar en haar gezin (nog wel uit haar voorkinderen bestaande), waarmede zij, eigenmagtig gescheiden van den man, buiten de echtelijke woning woont;

„O., dat feitelijk vaststaat, dat de verw. aan eischers vrouw, die te Sloten en niet met haren man te zamen woont, voor haar en haar gezin een door haar gekochte kagchel met

toebehooren voor *f* 50.90 heeft geleverd; zonder dat echter blijkt, wat het *middel* daarnevens inhoudt, dat het gezin van eischers vrouw te Sloten uit haar voorkinderen bestond, noch dat zij eigenmagtig — of tegen den wil van den man — buiten de echtelijke woning woont;

„O., dat a. 164 B.-W. bepaalt dat de vrouw voor hare handelingen en verbindtenissen, die de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding betreffen, verondersteld wordt de bewilliging van den man te hebben bekomen; dat het a. dit regtsvermoeden niet uitsluitend verbindt aan, en dus niet beperkt tot het geval dat de echtelieden in de echtelijke woning te zamen wonen, en dat die beperking evenmin voortvloeit uit een der andere in het *middel* genoemde wetsartikelen;

„O., dat deze veronderstelde bewilliging niet kan te niet gedaan worden door het enkele feit, dat de vrouw niet in de echtelijke woning verblijf houdt, vermits daaruit op zich zelf geenszins volgt, dat haar die bewilliging zou zijn onthouden en ook eene gesplitste huishouding niet noodwendig ophoudt de huishouding der echtelieden te zijn;

„O., dat mitsdien het beklaagde vonnis — door, hoewel *in casu* vaststaat, dat des eischers vrouw elders dan in de echtelijke woning verblijf houdt, het regtsvermoeden van a. 164 te doen gelden, — aan dat regtsvermoeden geen uitbreiding heeft gegeven en geen der aangehaalde artikelen geschonden of verkeerd toegepast heeft;

„O., dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N°. 3008 — Arrest van 1 Maart 1888.

(A. 51 en volg, 56, 45, enz. in verband met de a. 298 en v. B.-R. en de a. 1, 2, 53 en 69 R.-O. — A. 20 R.-O.)

Heeft het Hof bij zijn beklaagd arr., teregt voltaan dat door „provisionele voorzieningen" worden verstaan die toewijzingen, welke bestend zijn om, hangende het geding over de hoofdzaak, gevolg te hebben, en behoort daartoe niet te toewijzing van een gedeelte der bij dagvaarding gedane vordering, op grond alleen dat deze niet werd betwist? — Ja.

Is eene beschikking over dat gedeelte een eindvonnis? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft in deze zaak de Adv.-G. Jhr. De Savornin Lohman de volgende conclusie genomen:

Het eerste der twee in dezen voorgestelde *middelen* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 51, 52, 53 n° 8, 56, 45, 1, 129, 134, 141, 247, 248, 249, 774 in verband met de a. 298, 299, 315, 346, 453 B.-R. en van de a. 1, 2, 53, 51 R.-O., in verband met de a. 148, 149 Grw., omdat bij het aangevallen arr., het vonnis waarvan was geappelleerd, is bevestigd en de bij het vonnis uitgesproken niet-ontvankelijk-verklaring bijbehouden, zoo voor wat betreft den eisch bij provisie als voor wat betreft de incidenteele vordering, en omdat het Hof niet met vernietiging van het vonnis *a quo*, den door de eischers zoo incidenteel als bij provisie gedanen eisch heeft toegewezen.

„De eischers in cassatie, oorspronkelijke eischers, hebben namelijk bij provisie en insidenteel gevorderd, dat de oorspronkelijke gedaagden een gedeelte van de gevorderde som, dat hij had erkend schuldig te zijn en had geconsigneerd, aan de eischers zou moeten uitbetalen, en later nogmaalt provisioneel en incidenteel, dat zij het geconsigneerde bedrag zonder praejudicie van de vordering ten principale zouden kunnen tot zich nemen.

„In deze vorderingen zijn de eischers niet-ontvankelijk

verklaard, en in hooger beroep is de uitspraak van den eersten regter bevestigd.

„Dat door deze regterlijke beslissingen een der aangehaalde a. zou zijn geschonden is door de eischers in cassatie niet aangetoond en eigenlijk zelfs niet beproefd aan te toonen.

„Wel is de juistheid van de uitspraken van den regter bestreden, maar die bestrijding gold en kon uit den aard der zaak die het hier geldt, niet anders gelden dan de wetenschappelijke gronden, waarop zij rusten, en die voor den H.-R. geen onderwerp van beschouwing kunnen uitmaken.

„De aangehaalde a. laten de materie aan het oordeel van den regter over, en daar deze geen der aangehaalde a. heeft geschonden, of verkeerd toegepast, moet het *eerste middel* als ongegrond worden ter zijde gesteld.

„Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 59 B.-R. in verband met de bij het *eerste middel* aangehaalde a., omdat het bestreden arr, met betrekking tot de door de eischers *subsidiair* mede incidenteel en bij provisie gedane vordering, noch voor wat de daadzaken noch voor wat het regtspunt betreft, de gronden van de uitspraak inhoudt, noch de beslissing daarop bevat, en omdat het Hof niet, met vernietiging van het vonnis waarvan was geappelleerd, de subsidiaire vordering èn ont vankelijk heeft verklaard èn toegewezen.

„De eischers in cassatie hebben als app[n] subsidiair gevorderd, dat hun acte zou worden verleend daarvan, dat zij alsnog bereid zijn, het geconsigneerde bedrag in ontvangst te nemen, zonder praejudicie van partijen, en de regter zou bepalen, dat zoo het geconsigneerde mogt zijn teruggenomen voor het door app[n] zou zijn geligt, dat bedrag alsnog aan de app[n] zou moeten worden uitgekeerd.

„Het is duidelijk, dat deze subsidiaire vordering in waar-

heid nicts anders is dan eene herhaling in eenigszins gewijzigden vorm van de eerst gedane incidenteele en provisioneele vorderingen, zoodat de beslissing omtrent de laatste gegeven noodzakelijk ook betrekking heeft op en geldt voor de zoogenaamde subsidiaire vordering.

„Het is echter onnoodig bij de aanwijzing hiervan stil te staan, daar het beweerde verzuim van inachtneming van a. 59 B.-R., bij dat a. noch bij eenig ander der door de eischers aangehaalde a. met nietigheid wordt bedreigd. Die nietigheid wordt bedreigd tegen niet-in-achtneming van a. 20, al. 3, R.-O., doch van schending van dit a. is geen *middel* gemaakt.

„Ik heb alzoo de eer te concludeeren, dat de Raad het ingestelde beroep zal verwerpen, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 51, 52, 53 n⁰ 8, 56, 45, 1, 129, 134, 151, 247, 248, 249, 774 in verband met de a. 298, 299, 315, 346 en 353 B.-R. en van de a. 1, 2, 53 en 69 R.-O., in verband met de a. 148 en 149 Grw., omdat bij het aangevallen arr. het vonnis, waarvan was appelleerd, is bevestigd en de bij het vonnis uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring bijbehouden, zoo voor wat betreft den eisch bij provisie als voor wat betreft de de incidenteele vordering, en omdat het Hof niet, met vernietiging van het vonnis *a quo*, den door de eischers zoo incidenteel als bij provisie gedanen eisch heeft toegewezen;

„O. daaromtrent, dat de vordering, die de eischers beweren dat ten onregte niet-ontvankelijk is verklaard, strekt om den oorspronkelijk gedaagde, nu verw., die bij zijn antwoord in eersten aanleg heeft erkend een gedeelte van het van hem bij dagvaarding gevorderde schuldig te zijn

tot uitkeering van dat gedeelte bij voorraad te doen veroordeelen;

„O. dat, zooals het Hof teregt heeft geoordeeld, door „provisioneele voorzieningen" verstaan worden die toewijzingen, welke bestemd zijn om hangende het geding over de hoofdzaak gevolg te hebben; dat daartoe niet behoort de toewijzing van een gedeelte der bij de dagvaarding gedane vordering, alleen op grond dat dit niet wordt betwist, omdat eene dergelijke beschikking met betrekking tot dat gedeelte is een eindvonnis, en dat alzoo het *eerste middel* van cassatie is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* is voorgedragen: schending en verkeerde toepassing van a. 59, n⁰ 3, B-R, in verband met de bij het *eerste middel* van cassatie aangehaalde wetsbepalingen, omdat het bestreden arr met betrekking tot de door de eischers subsidiair, mede incidenteel en bij provisie gedane vordering, noch voor wat de daadzaden noch voor wat het regtspunt betreft, de gronden van uitspraak inhoudt, noch de beslissing daarop bevat, en omdat het Hof niet, met vernietiging van het vonnis, waarvan was geappelleerd, de subsidiaire vordering èn ontvankelijk èn gegrond heeft verklaard en toegewezen;

„O., dat *dit middel* reeds daarom niet kan opgaan, omdat onder de als geschonden aangevoerde a. niet voorkomt a. 20 R.-O, het eenige, waarbij op straffe van nietigheid is voorgeschreven, dat de vonnissen de gronden moeten vermelden, waarop zij rusten;

„O., dat derhalve de geheele voorziening is onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten van cassatie."

N° 3009. — Arr. van 1 Maart 1888.

(A. 231 B.-R.)

Bedreigt de wet ergens eene nietigheid tegen de niet-nakoming der bepaling van a. 231 *B.-R.* (*dat het berigt van deskundigen met redenen moet zijn omkleed*), *zoodat de regter van een niet met redenen omkleed berigt van deskundigen geen gebrnik zou kunnen maken?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In deze zaak is slechts *één middel* van cassatie voorgesteld, namelijk: „schending en verkeerde toepassing van a. 231 en 236 B.-R., uithoofde is regtgedaan uitsluitend op een berigt van deskundigen, dat, in strijd met de wet, *niet* met redenen was omkleed."

„Ik houd dit *middel* voor ongegrond. Het berigt van deskundigen dient alleen tot voorlichting van den regter: hij kan er mede doen wat hij wil; hij kan het tot grondslag nemen van zijn uitspraak; hij kan het ook ter zijde leggen. Wanneer nu dat berigt niet met redenen is omkleed, zoodat de regter er niet in vinden kan wat hij er in zoekt, is dat berigt dan nietig? M. i. volstrekt niet: de regter benoemt dan eenvoudig andere deskundigen. In de bepaling van a. 281 B.-R.: „de deskundigen maken na raadpleging, hun berigt, *met redenen bekleed*, schriftelijk op" zie ik alleen een voorschrift ten behoeve van den regter. Acht deze zich nu — gelijk *in casu* het geval is — genoeg voorgelicht ook zonder dat het berigt der deskundigen met redenen omkleed is, waarom zou hij van dat berigt dan geen gebruik mogen maken? Trouwens het is voor deskundigen niet altijd mogelijk bepaalde gronden voor hun gevoelen te geven. Bij schattingen b. v. is eene zekere onbewuste ervaring dikwijls de eenige grond voor de door de deskundigen opgegeven cijfers.

„Maar bovendien, tegen een berigt van deskundigen, niet met redenen omkleed, is *geen nietigheid* bedreigd. Ik weet wel, dat vele schrijvers in sommige gevallen, ook al is tegen het berigt der deskundigen geen nietigheid be dreigd, toch de nietigheid daarvan aannemen, maar die gevallen betreffen het ontbreken van substantieele [1]) vereischten voor het berigt, b. v. wanneer het niet geteekend is, en hebben dus niets gemeen met het geval, waarover dit geding loopt.

„Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O. dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: „schending en verkeerde toepassing van a 231 en 236 B.-R, uit hoofde is regtgedaan uitsluitend op een berigt van deskundigen, dat, in strijd met de wet, niet met redenen was omkleed;

„O., dat wel bij a. 231 B.-R. is bepaald, dat de deskundigen hun berigt, met redenen bekleed, schriftelijk zullen opmaken, doch dat nergens eenige nietigheid tegen de nietnakoming dier bepaling is bedreigd, zoodat de regter die genoeg ingelicht is door een rapport van deskundigen, hetwelk niet met redenen is omkleed, niet kan verhinderd worden van zoodanig rapport gebruik te maken en dus doende geen der in het *middel* aangehaalde wets a. schendt of verkeerd toegepast;

„O. dat het *middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

---

[1]) Cf. de Fransche literatuur bij CHAUVEAU ADOLPHE in zijne uitgaaf van CARRÉ, Brussel 1846, II bl. 630; en verder DE PINTO II, bl. 363; en OUDEMAN I, bl. 263.

N°. 3010. — Arr. v. 9 Maart 1888.

(A. 1463; a. 1071, a. 1082, 1083; a. 1470 B.-W.)

Is eene vordering ten laste van eene onder voorregt van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap voor compensatie vatbaar? — NEEN.

De Proc.-G. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Tegen het arr. door het Hof te Amsterdam in deze zaak gewezen is als eenig *middel* voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 668, 1461, 1462, 1463, 1464 B.-W., zoomede van en in verband met de a. 1078 en 1082 van hetzelfde wetboek, door, in strijd met de aangehaalde wetsbepalingen, te beslissen, dat de vordering, die de nu eischer bezit niet met zijne schuld kan worden gecompenseerd, hoezeer daartoe alle wettelijke vereischten aanwezig waren, en de beneficiaire aanvaarding van een boedel geen enkel beletsel oplevert voor den nu eischer om zich op compensatie, waarvoor alle vereischten aanwezig waren, te beroepen.

„Uit het arr. blijkt, dat de nu eischer door de nu verweerders, als eenige geregtigden tot de onder voorregt van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap van D. M. A., aangesproken tot betaling eener som van *f* 1400, door hem verschuldigd wegens aan hem door den erflater geleende gelden, heeft beweerd dat die schuld zou zijn te niet gedaan door compensatie met eene vordering van gelijk bedrag ten laste van den beneficiairen boedel, *vordering, waarvan hij eerst eigenaar is geworden door cessie ná de beneficiaire aanvaarding.* En de beslissing van het Hof is: „dat de vordering van den nu eischer, ofschoon het „bedrag daarvan vaststaat, wat de werkelijke waarde be„treft, eerst bij de rekening en verantwoording van den „boedel van wijlen zijnen debiteur wordt vastgesteld, als

„wanneer blijkt hoeveel daarop wordt betaald, zoodat die „vordering als niet voor dadelijke vereffening en opeisching „vatbaar, niet met de tegenvordering van de nu verweer- „ders kan worden gecompenseerd." Dat dit zou zijn eene *feitelijke beslissing*, zooals de verw^s beweren, is moeijelijk vol te houden. En ook kan niet opgaan de stelling van de verw^s, dat, al ware de nalatenschap niet beneficiair aanvaard, toch des eischers tegenvordering op den dag der dagvaarding niet opeischbaar was. Want die verdediging is noch in eersten aanleg, noch in appel gevoerd, en bij den cassatie-regter, die is *le juge non des procès, mais des arrêts et des jugements*, kan de litis-contestatio niet worden uitgebreid of veranderd.

„Het *middel* is echter ongegrond.

„'s Hofs beslissing steunt op de a. 1463, 1078 en 1082 B-W. en door die beslissing kan niet geschonden zijn a. 668 B.-W., omdat niet is uitgemaakt dat deze cessie tegenover de beneficiaire erfgenamen *geenerlei gevolg heeft*, maar slechts, *dat de gecedeerde vordering niet in compensatie kan worden gebragt*; en ook kan het Hof a. 1464 niet hebben geschonden, omdat hier van uitsluiting der compensatie op grond van een bekomen uitstel van betaling, van een *terme de grâce*, geen kwestie is

„En waarom zouden dan de andere in het *middel* genoemde wetsa. geschonden zijn? Omdat, zegt de eischer, zoowel de opeischbaarheid als de vatbaarheid voor dadelijke vereffening zijn qualiteiten van de vordering, die deze aan den eischer gecedeerde vordering niet verloren heeft door de beneficiaire aanvaarding, en omdat het begrip der werkelijke waarde van eene vordering voor de toepassing van het compensatie-regt eene geheel onverschillige omstandigheid is.

„De opeischbaarheid, ik geef het gaarne toe, is eene

qualiteit van de vordering, maar dat eene opeischbare vordering die qualiteit niet zou verliezen door de beneficiaire aanvaarding, dat is een beweren in strijd met de wet, die in a 1082 en 1083 B.-W. de verpligting tot betaling aan de schuldeischers der nalatenschap opschort tot na de rekening en verantwoording, en dus ook aan den crediteur het regt ontneemt vóór dat tijdstip te vorderen dat hem *nu* worde betaald. En door de beneficiaire aanvaarding verliest de vordering ook hare qualiteit van vatbaarheid voor dadelijke vereffening, wel niet omdat eene vordering welker werkelijke waarde met het oog op de financieele krachten van den debiteur onzeker is, reeds daarom eene illiquide vordering zou zijn, maar omdat de beneficiaire aanvaarding onzeker maakt *quantum debeatur*, hoeveel van de beneficiaire erfgenamen zal kunnen worden gevorderd, en dit eerst door de rekening en verantwoording zal kunnen blijken. Dat staat in de artt. 1078, 1082 en 1083 B.-W.

„De cedent *in casu* had tegen den erflater eene vordering; die vordering, zij moge opeischbaar en liquide zijn geweest, heeft die qualiteiten door de beneficiaire aanvaarding verloren; de cedent, cederende na de beneficiaire aanvaarding heeft dus aan den eischer overgedragen eene niet-opeischbare en niet voor dadelijke vereffening vatbare vordering, en die vordering kan dus ook door den eischer niet in compensatie worden gebragt.

„Of door de beneficiaire aanvaarding een *concursus* geopend wordt, welke met dien van het faillissement kan worden vergeleken, dat is eene questie meer van doctrinair dan van praktisch belang. Praktisch is alleen de vraag, of de wettelijke bepalingen omtrent de aanvaarding onder het voorregt, van boedelbeschrijving, in verband met die omtrent de compensatie, het beroep op compensatie in een geval als het onderwerpelijke uitsluiten, en die vraag moet in beves-

tigenden zin worden beantwoord. Ook wegens de bepaling van a. 1470 B.-W., omdat de wet aan de beneficiaire aanvaarding vastknoopt de verpligting van den erfgenaam om de tot de nalatenschap behoorende goederen als een goed huisvader te beheeren en deswege verantwoording aan de schuldeischers te doen, door de toelating der compensatie in een geval als zich hier voordoet, een vermogensbestanddeel aan den beneficiairen boedel zou worden onttrokken, ten bate van eenen schuldeischer, en ten nadeele van al de overigen, die daardoor zouden worden verkort in het regt, dat voor hen een der wettelijke gevolgen van de beneficiaire aanvaarding is, om, behoudens de gevallen van voorregt, pand of hypotheek, allen gelijkelijk in evenredigheid van het *beloop der nalatenschap* te worden betaald.

„Mijne conclusie strekt dus tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 668, 1461—1464 B.-W., zoomede van en in verband met de a. 1078 en 1082 van datzelfde Wetb., door in strijd met de aangehaalde wetsbepalingen te beslissen dat de vordering, die de nu eischer bezat, niet met zijne schuld kon worden gecompenseerd, hoezeer daartoe alle wettelijke vereischten aanwezig waren en de beneficiaire aanvaarding van den boedel door de erfgenamen geen enkel beletsel oplevert voor den nu eischer om zich op compensatie, waarvoor alle vereischten aanwezig waren, te beroepen;

„O., dat feitelijk vaststaat dat de eischer in cassatie van de schuldvordering, welke hij in compensatie wil hebben gebragt, eerst na het overlijden van den erflater der verweerders en nadat diens boedel onder voorregt van

boedelbeschrijving was aanvaard, door koop en overdragt eigenaar is geworden;

„O., dat volgens a. 1463 B.-W. een der vereischten voor compensatie is, dat de beide wederzijdsche schulden voor eene dadelijke vereffening vatbaar zijn;

„O., dat a. 1082 B.-W. bepaalt dat de erfgenaam, die onder het voorregt van boedelbeschrijving eene nalatenschap heeft aanvaard, binnen den tijd van 3 maanden na het verloop van den in a. 1071 bepaalden termijn, verpligt is om op de wijze bij gezegd a. 1082 voorgeschreven de onbekende schuldeischers op te roepen, ten einde zoowel aan dezen als aan degenen die bekend zijn, en aan de legatarissen dadelijk rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen en hunne schuldvorderingen en legaten te voldoen, voor zooverre het bedrag der nalatenschap toereikende zal zijn, terwijl a. 1083 voorschrijft dat na het aanzuiveren der rekening en verantwoording de erfgenaam aan de schuldeischers, welke op dat tijdstip bekend mogten zijn, hunne vorderingen hetzij in het geheel, hetzij in evenredigheid van het beloop der nalatenschap zal moeten voldoen;

„O., dat derhalve eerst uit de rekening en erantwoording blijken kan of de schuldvorderingen in het geheel of slechts voor een gedeelte kunnen worden uitbetaald en hoeveel ieder der schuldeischers zal kunnen ontvangen, en dat mitsdien het vereischte van vatbaarheid voor dadelijke vereffening aan de schuldvordering des eischers, op het oogenblik dat deze daarvan eigenaar werd, ontbrak;

„O. bovendien, dat volgens ons regt de schuldeischers van eene onder voorregt van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap, voor zooverre zij niet zijn bevoorregt of regt van pand of hypotheek hebben, gelijkelijk geregtigd zijn tot voldoening, ieder in evenredigheid van zijne schuld-

vordering tot het bedrag der nalatenschap, en dat door het toelaten van compensatie van éénе der schuldvorderingen, de regten der overige schuldeischers, in strijd met a 1470 B.-W, kunnen worden benadeeld;

„O., dat mitsdien het voorgestelde *cassatie-middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 3011. — Arrest van 9 Maart 1888.

(A. 1902, 1903, 1960 v.; 625. 628, 629; 881, 950, 1212; 1563—1565; 1332—1339 B.-W.)

Heeft het Hof, door te beslissen, dat nader bewijs van den mede-eigendom van de mede-verweerders onnoodig was, een der aangehaalde a., of eenig ander wetsa. geschonden? — Neen.

Door den Proc.-G. Mr. Polis is in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De voorziening is gerigt tegen de arr[n] door het Hof te Amsterdam 20 Nov. 1885 en 18 Febr. 1887 tusschen partijen gewezen, en het eenige *middel* dat tegen die arr[n] is aangevoerd, luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1903, 1960, 1961, 1962, 625, 629, 628, 881, 950, 1212, 1563—1565; 1332—1339 B.-W, omdat, waar eene vordering, gegrond op en tot handhaving van het aan meerdere *domini pro indiviso* toekomend eigendomsregt, is ingesteld, en dan ook de medegeregtigden tot dien eigendom als zoodanig in het geding zijn geroepen, die vordering wordt toegewezen, zonder dat wettig bewijs geleverd is, dat de aldus geroepenen mede-eigenaren zijn en met den eischer en verw. sub 1° de medegeregtigden tot dien eigendom uitmaken, — welke beslissing niet wordt goed-

gemaakt door de onjuiste overw, dat voor deze mede-eigenaren geen nader bewijs, dan hunne berusting, van hun mede-eigendom tegenover de eischers noodig is (als zullende voor deze eene vraag *de jure tertii* opleveren); — en evenmin door de overweging dat ieder deelhebber eene actie heeft tegen den mededeelhebber, die hem het gebruik niet geeft, waartoe de gemeenschap regt geeft, — daar toch aan een der medegeregtigden de vordering, gegrond op en tot handhaving van het gemeenschappelijk eigendomsregt voor het geheel, niet toekomt; terwijl zelfs, wanneer eene vordering gegrond op het eigendomsregt *pro parte* ware ingesteld, alle *condomini in lite* behoorden te worden geroepen.

„Welke de vordering is, die in deze is ingesteld, dat vindt men in de eerste overw. *quoad facta* van het interlocutoir arr. van 20 Nov. 1885, waar het heet: „dat die „vordering in hoofdzaak strekt, dat het Schapenburger-pad „te Amsterdam het gemeenschappelijk eigendom is van den „appt" (nu eersten verw.) „en van de twee-en-twintig ge„daagden" (dus van de nu eischsse en de verw. sub 2 tot en met 22), „dat de Amsterdamsche Omnibus-maatschappij „een gedeelte van dat pad had opgehoogd, daarover rails „gelegd en hetzelve had beschadigd, weshalve die maat„schappij zou worden veroordeeld om de aangebragte ver„hooging en de daarop gelegde rails weg te nemen, en „het pad weder in den vorigen staat terug te brengen, en dat „de overige een en-twintig gedaagden die wegneming en „herstelling zouden gehengen en gedoogen."

„Die overige 21 gedn hebben zich aan het oordeel des regters gerefereerd, en nadat bij het interlocutoir arr. was uitgemaakt, dat het bewijs was geleverd van den mede-eigendom, zoowel van den nu eersten verw., als van de eischsse in cassatie, is de eenige verdediging van die eischsse geweest (men zie de 3e overw. *in jure* van het eindarr.):

„dat de mede-eigendom der overige geintimn (dus van de nu verws sub 2 tot en met 22) alleen door hunne erkentenis blijkt, maar niet door eigendomspapieren is bewezen, zoodat, daar al de mede-eigenaars van het pad, en uitsluitend de mede-eigenaars, *in lite* moeten zijn, hun eigendomsregt onbewezen is."

„Dat door de referte van de verws sub 2 tot en met 22 het eigendomsregt dier verws *tegenover de eischsse* niet is bewezen, kan worden toegegeven; maar dat daarom de vordering niet had mogen zijn toegewezen, dat beweert de eischsse zeer zeker ten onregte. Want de eerste verw. ontleent zijn regt om de amotie te vorderen van het door de eischsse op het Schapenburger pad aangebragte niet daaraan, dat de verws sub 2 - 22 mede-eigenaren zijn van dat pad, maar daaraan, dat hij zelf een regt van mede-eigendom op dien grond heeft, en zijne vordering had dan ook moeten zijn toegewezen, al stond vast dat de 21 mede-verws geen regt hoegenaamd op het Schapenburger pad hebben.

„De eischsse, die dit ontkent, stelt de ingestelde vordering onjuist voor en beroept zich ten onregte op 's Raads jurisprudentie. Wat toch heeft de Raad bij die arrn van 15 Nov. 1856 en 31 Mei 1867 beslist? Bij het eerste dat de mede-bezitter *pro indiviso* onbevoegd is tot het instellen eener vordering tot herstelling en handhaving in het bezit *voor het geheel;* bij het laatste, dat niet enkel mede-eigenaar op zich zelf de regten en bevoegdheden bij de a. 625 en 629 B.-W. gegeven, kan uitoefenen *alsof hij alleen de eigenaar* was, en dus ook niet een enkel mede-eigenaar voor alle zijne mede-eigenaren te zamen, zonder hunne medewerking, de actie tot terugvordering van hetgeen waarvan hij *pro indiviso* mede-eigenaar is, *in zijn geheel* kan instellen.

„Maar hier vraagt de 1e verw. niet voor zich alleen wat slechts aan alle mede-eigenaren te zamen toekomt, hier vraagt hij niets anders dan eerbiediging van zijn regt van mede-eigendom, dat door de, zonder zijne toestemming, door een der mede-eigenaren veranderde inrigting van het Schapenburger pad is verkort, en eischt hij wegruiming van hetgeen in strijd met zijn regt van mede-eigendom, en dus van onbelemmerd mede-genot, is daargesteld. En dat hij daartoe is bevoegd is m. i. niet twijfelachtig.

„En wanneer de eischsse volhoudt, dat dan toch de oproeping *in lite* van alle de mede-eigenaren *noodig was*, omdat zij niet genoodzaakt kan worden met alle belanghebbenden afzonderlijk processen te voeren, dan is het antwoord daarop, dat eene verpligting tot oproeping van alle mede-eigenaren als de eischsse beweert te bestaan, nergens in de wet is uitgedrukt, en dus ook de vraag, welke de gevolgen van zoodanige verpligting, indien zij bestond, met betrekking tot den bewijslast zouden zijn, onbeantwoord kan blijven, en dat overigens ook de andere mede-eigenaren in dit geding zijn geroepen, niet ten gerieve van de eischsse, opdat deze tegenover hen haar regt om over het pad te beschikken, zooals zij gedaan heeft, zou kunnen verdedigen, maar om zich jegens den eersten verw. te hooren veroordeelen om de door dien verw. gevorderde wegruiming en herstelling te gedoogen.

„Geen wetsbepaling is door het Hof geschonden en verkeerd toegepast, en ik concludeer dus tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischsse in de kosten"

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

O., dat de eischsse als *middel* van cassatie heeft voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1902, 1903, 1960, 1961, 1962, 625, 629, 628, 881, 950, 1212, 1563—1565, 1332—1339 B.-W., omdat — waar eene vordering

gegrond op en tot handhaving van het aan meerdere *condomini pro indiviso* toekomend eigendomsregt is ingesteld, en dan ook de mede-geregtigden tot dien eigendom als zoodanig in het geding zijn geroepen, — die vordering wordt toegewezen zonder dat wettig bewijs geleverd is, dat de aldus geroepenen mede-eigenaren zijn en met den eischer en den eerstgenoemden verw. de mede-geregtigden tot dien eigendom uitmaken; welke beslissing niet wordt goedgemaakt door de onjuiste overweging, dat voor deze mede-eigenaren geen nader bewijs, dan hunne berusting, van hun mede-eigendom tegenover de eischeres noodig is (als zullende voor deze eene vraag *de jure tertii* opleveren), en evenmin door de overweging, dat ieder deelhebber eene actie heeft tegen den mede-deelhebber, die hem het gebruik niet geeft, waartoe de gemeenschap regt geeft, daar toch aan een der mede-geregtigden de vordering, gegrond op en tot handhaving van het gemeenschappelijk eigendomsregt, voor het geheel, niet toekomt, terwijl zelfs wanneer eene vordering, gegrond op het eigendomsregt *pro parte*, ware ingesteld, alle *condomini in lite* behoorden te worden geroepen;

„O., dat dit *middel* steunt op eene onjuiste voorstelling van de door den eersten verw. in cassatie ingestelde vordering;

„O. toch, dat in deze, — op grond, dat het Schapenburger pad te Amsterdam is het gemeenschappelijk eigendom van de eersten verw. in cassatie en van twee en twintig anderen (de eisch^sse^ in cassatie en de mede-verweerders) en dat de eisch^sse^ een gedeelte van het pad had opgehoogd, daarover rails gelegd en het had beschadigd, — bij dagvaarding is gevorderd, dat de eisch^sse^ in cassatie, toen gedaagde, zal worden veroordeeld om de aangebragte verhooging en de daarover gelegde rails weg te nemen en het pad weder in den vorigen staat terug te brengen en dat de overige een

en twintig gedaagden die wegneming en dat herstel zullen gehengen en gedoogen;

„O., dat die vordering mitsdien niet strekt tot handhaving van een gemeenschappelijk regt van eigendom voor het geheel en niet steunt op een beweerd regt van al de 21 medegedaagden, die slechts gedagvaard zijn om te gehengen en te gedoogen, maar alleen tot handhaving van een regt van mede-eigendom van den eersten verw. in cassatie, op welk mede-eigendom door de eischende maatschappij inbreuk zoude zijn gemaakt en van welke inbreuk de wegneming en herstelling in den vorigen toestand is gevraagd;

„O., dat de verw., oorspronkelijk eischer, dus niet behoeft te bewijzen, dat de 21 mede-verweerders zijn mede-eigenaars, maar alleen dat hij zelf is mede-eigenaar en dat op zijn genot van dien mede-eigendom is inbreuk gemaakt;

„O., dat dit bewijs geleverd is, en dat het Hof, door te beslissen, dat nader bewijs van den mede-eigendom van de mede-verweerders onnoodig was, geen der aangehaalde of eenig ander wetsa. geschonden heeft;

„O., dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt de eisch^{sse} in de kosten in cassatie gevallen."

N⁰ 3012. — Beschikking van 20 Maart 1888.

(A. 96 R.-O. j⁰ a⁰ 345, 2e lid B.-R. en in verband met a. 428 eodem, zooals dit gewijzigd is bij de wet van 26 Junij 1876, *St.* n⁰ 124. — A. 332 en 345 j⁰ a⁰ 415 eodem.)

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Gregory, op het in deze zaak tot den H.-R. gerigt verzoekschrift, de volgende conclusie overgelegd:

„De Proc.-G bij den H.-R. enz.

„Gezien bovenstaand verzoekschrift, alsmede het daartegen ingediende antidotale request;

„O., dat ingeval het beroep in cassatie ontvankelijk was, de beklaagde beschikkingen zouden moeten worden vernietigd, omdat, blijkens de bepaling van a. 415 B.-W. (ten deze toepasselijk, omdat door den kntr een voogd was benoemd), de gewone regtspleging in hooger beroep *in casu* was uitgesloten. (Cf arr. H-R. van 29 Junij 1860, *N. Regtspr.* LXV, 144; v. d. Hon., *B. R.* XXIV, 250);

„O. echter, dat vermits de verzoekers in deze geen partij in hooger beroep zijn geweest, hun beroep in cassatie is niet-ontvankelijk Cf. a. 96 R.-O., en arr. H.-R. van 14 Oct. 1859, (*Ned. Regtspr.* LXIII, 80; v. d. Honert, *B.-R.* XXII, 358);

„Concludeert dat de requestranten zullen worden verklaard niet-ontvankelijk in hun verzoek.

BESCHIKKING. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Gezien bovenstaand verzoekschrift, alsmede het daartegen ingediende antidotale request van A R. Czn., bouwman te Stolwijk, dd. 5 Maart 1888;

„Gezien de bovenstaande conclusie van den Adv.-G. Gregory, namens den Proc.-G.;

„O., dat bij gemeld verzoekschrift wordt gevraagd vernietiging van de beschikking der regtb. te Rotterdam, dd. 10 Febr. 1888, en van de daaraan voorafgaande beschikking dier regtb. van 20 Jan. 1888, en verklaring, dat A. R. Czn voornoemd niet-ontvankelijk is in zijn hooger beroep van de beschikking van den kntr te Schoonhoven van 21 Dec. 1887, en zulks op grond van schending en verkeerde toepassing van a. 150 Grw., 38—42, 53—55 R.-O., 412, 415 B.-W., omdat de beschikking van den kntr te Schoonhoven van 21 Dec. 1887, welke de regtb. in hooger beroep heeft teniet gedaan, niet was vatbaar voor hooger beroep,

omdat hooger beroep van zoodanige beschikkingen op verzoekschrift alleen dan bestaat, wanneer de wet het uitdrukkelijk geeft, en in elk geval tegen deze beschikking geen ander beroep openstond dan op de wijze en in het geval van a. 415 B.-W. voorgeschreven, hoedanig geval *in casu* niet aanwezig was;

„O. dat die beschikking van den kntr. was eene weigering om de benoeming van A. R Czn tot voogd over de kinderen van zijne op 3 Dec. 1887 overledene echtgenoote F. A, door haar gedaan bij haar testament van 9 Sept 1885 te bekrachtigen en eene benoeming van den tweeden requestrant tot voogd, gedaan na verhoor en op eenparige aanwijzing van alle gehoorde bloedverwanten van gemelde kinderen, welke beschikking door de regtb. bij de bestreden beslissing van 10 Febr. ll., mede na verhoor van bloedverwanten, op het beroep van A R. Cz. is vernietigd;

„O, wat de ontvankelijkheid der voorziening in cassatie betreft, dat onder partijen, aan wie bij a. 96 R.-O. het regt om zich in cassatie te voorzien is toegekend, ingevolge het 2e lid van a. 345 B.-R., hetwelk bij a. 428 van dat wetb., zooals dat gewijzigd is bij de wet van 26 Junij 1876, St. n⁰ 124, op het cassatie-proces is toepasselijk verklaard, bij beschikkingen op verzoekschrift zijn begrepen de bij zoodanige beschikking belanghebbenden;

„O, dat de eerste req., wiens door den kntr gedane benoeming tot voogd ten gevolge van de bestreden beschikking zou vervallen, bij die beschikking belang heeft, en dat dit almede het geval is met den 2e req., omdat hij als toeziende voogd mede geroepen is om de belangen van de minderjarigen waar te nemen;

„O., dat reqn mitsdien in hun verzoek moeten worden verklaard ontvankelijk;

„O., ten aanzien van de gegrondheid van het verzoek;

„dat de gewone regelen van de a. 332 en 345 B.-R. niet toepasselijk zijn op de door den kntr gedane benoemingen tot voogd en toezienden voogd, waarmede de bekrachtiging eener door de hertrouwde moeder gedane benoeming moet worden gelijkgesteld, vermits bij a. 415 voor die gevallen bijzondere regelen zijn voorgeschreven voor het hooger beroep van die beschikkingen, waartoe alleen regt gegeven wordt aan een of ander der gehoorde bloed- of aanverwanten, indien de kntr iemand benoemt die niet door de meerderheid der bloedverwanten is aangewezen, hetgeen hier niet het geval is geweest, vermits de bekrachtiging der door de moeder gedane benoeming is geweigerd en de nieuwe voogd is benoemd overeenkomstig het eenstemmig gevoelen der bloedverwanten, zoodat die benoeming, volgens a. 415, 1e lid, dadelijk van kracht is geweest en niet kan worden vernietigd;

„O., dat het *middel* mitsdien is gegrond;

„Vernietigt de bestreden beschikking van de arr.-regtb. te Rotterdam van 10 Febr. 1888 en die van 20 Jan. daaraan voorafgaande; en opnieuw regt doende:

„Verklaart A. R. Cz. voornoemd niet-ontvankelijk in zijn hooger beroep van de beschikking van den kntr te Schoonhoven van 21 Dec. 1887."

N⁰ 3013. — Arr. v. 23 Maart 1888.

A. 156 Grw., a. 56 en 59 B.-R. en a. 20 R.-O.)

Schrijven a. 156 *der vorige Grondwet* (*in dit opzigt overeenstemmende met a.* 161 *der nieuwe Grondwet*) *en a.* 59, 3⁰ *B.-R. alleen voor dat de vonnissen met redenen moeten omkleed zijn, zonder iets te bepalen omtrent de wijze waarop dit moet geschieden?* — JA.

Volgt hieruit dat, op grond alleen van onvolledigheid der

motieven, een vonnis niet ter zake van schending van genoemde artikelen in verband met a. 20 *R.-O. kan vernietigd worden?* — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze de zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van a 20 R.-O., in verband met a. 156 Grw. en a 56 en 59 B.-R., doordien het Hof, hoewel aannemende dat het in eersten aanleg gewezen vonnis niet bevat de gronden van regt, op welke de uitspraak ten principale rust, desniettegenstaande dat vonnis heeft bevestigd; — het Hof de zaak niet naar den eersten regter heeft teruggewezen, die niet verder had mogen beslissen dan over het al of niet toelaatbare van 't aangeboden bewijs, doch ten principale heeft regtgedaan, en in elk geval de oorspronkelijk geïntim^e^, nu verw. niet heeft veroordeeld in de kosten

„*In facto* staat vast, dat partijen een ruil van paarden hadden aangegaan; dat volgens de eischers zij op die ruil *f* 1300 zouden toekrijgen, wat de verw ontkent; da de eischers hebben aangeboden gezegd beding, en alzoo de valschheid van de bijvoeging aan de bekentenis omtrent de *f* 1300, door getuigen te bewijzen, onder reserve van alle verdere regten en speciaal van alle zoodanige bewijsvoeringen, als zij niet tot getuigenbewijs mogten worden toegelaten, welke zij ter vervanging van dat bewijs nuttig of noodig zullen oordeelen

„De regtb. heeft de vordering ontzegd op grond dat getuigenbewijs van de gestelde daadzaak niet was toegelaten, vermits daardoor zou worden aangetoond het bestaan van eene overeenkomst, welke eene verbindtenis bevat, waarvan het onderwerp *f* 300 te boven gaat, en er hier de rede is van eene gewone ontkentenis, die tegen de vordering aangevoerd is.

„Dat vonnis is in appel bevestigd, en nu is de grief tegen die uitspraak, dat, hoezeer het vonnis, waarvan appel, niet was gemotiveerd ten aanzien van de uitspraak ten principale, het Hof dat vonnis niet heeft vernietigd en de zaak niet heeft teruggewezen naar den eersten regter, die geene beslissing ten principale had mogen nemen.

„Daartegen is aan de zijde van den verw. vooreerst aangevoerd, dat deze bewering een nieuw *middel* oplevert, hetwelk in vroegere instantiën niet is voorgebragt

„Mij komt dit niet juist voor; in de 5e overw *in jure* toch zegt het Hof, dat de beweegreden van de primaire conclusie van de eischers is, dat het vonnis niet bevat de gronden van regt, op welke de uitspraak ten principale rust, de klagt over gebrek aan motivering is dus in appel gedaan, en geen *novum*

„Wat mij betreft, acht ik de motivering van het vonnis voldoende niet alleen, maar ook juist.

„De eischers hebben tot staving der door de partij ontkende vordering een enkel bewijsmiddel aangeboden, hetwelk de regtb. niet toelaatbaar oordeelde, en nu wordt verder overwogen, dat die vordering ontkend is, en wordt ze daarom ontzegd Mij dunkt dat heet, met andere woorden, uwe actie hebt gij niet bewezen, *alzoo* wordt ze afgewezen; meer was niet noodig.

„Het Hof echter acht die grief feitelijk juist, maar zet op goede gronden uiteen, dat zij niet tot de vernietiging der uitspraak en terugwijzing der zaak naar denzelfden regter kan leiden. Immers het dictum van het aangevallen vonnis was volkomen juist; de eischers, in plaats van, oveenkomstig de beginselen van burgerlijk procesregt, hetwelk het nutteloos rekken van procedures niet wil, hunne regts- en bewijsmiddelen *simul ac semel* bij te brengen, hebben zich bepaald tot eene reserve voor het aanvoeren van andere

middelen van bewijs, maar het gaat niet aan op de verschillende middelen die eene partij goedvindt achtereenvolgens aan te voeren, telkenmale eene afzonderlijke beslissing te verlangen; de regtb. ontzegde dus teregt de actie en het Hof oordeelde, dat zij, nu er ten principale was geconcludeerd, teregt de reserves had gepasseerd.

„Eene andere vraag is, of indien een vonnis op eenig punt ongemotiveerd is, al is het *dictum* juist, het in appel moet worden vernietigd op grond van dat formeel gebrek.

„Het Hof neemt in de 4e overw. *in facto* de beweegredenen van de eerste uitspraak op; het oordeelt ze onvolledig op zeker punt, maar vult ze in zijn arr. aan. Zulks is volkomen geoorloofd, wanneer een overigens juist *dictum* wordt bevestigd.

„Onze wet behelst geen voorschrift, krachtens hetwelk de regter in *hooger beroep* eene beslissing, op grond van gebrek in den vorm, zou moeten verwijzen of terugwijzen

„A. 106 R.-O. ziet alleen op de procedure voor den regter in cassatie en is bovendien niet in het *middel* opgenomen

„Alle vonnissen moeten wel op straffe van nietigheid de gronden inhouden, waarop ze berusten, doch al zijn die motieven voor den hoogeren regter onvoldoende, wanneer ze tot een juiste slotsom leiden, dan voldoen zij aan het voorschrift der wet, omdat tegen *onvoldoende* motivering geene nietigheid is bedreigd. En zulks is in overeenstemming met het doel van het hooger beroep, waarvan de strekking is een herhaald onderzoek door den hoogeren regter, naar de juistheid van de uitspraak, waardoor eene der partijen zich bezwaard acht.

„Zulks heeft *in casu* plaats gehad, en daarom oordeel ik het beroep ongegrond;

„Ik concludeer tot verwerping van deze voorziening met veroordeeling van de eischers in de kosten"

ARREST. — De H. R. d. Ned. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 20 R.-O. in verband met de a. 156 Grw. en 56 en 59 B.-R, doordien het Hof, hoewel aannemende dat het in eersten aanleg gewezen vonnis niet bevat de gronden van regt op welke de uitspraak ten principale rust, desniettegenstaande dat vonnis heeft bevestigd, het Hof de zaak niet naar den eersten regter heeft teruggewezen, die niet verder had mogen beslissen dan over het al of niet toelaatbare van het aangeboden bewijs, doch ten principale heeft regtgedaan en in elk geval den oorspronkelijk geint, nu verw., niet heeft veroordeeld in de kosten;

„O., dat in het bestreden arr. is overwogen: „dat tot de grieven als beweegreden van de primaire conclusie ingebragt, behoort dat het aangevallen vonnis niet bevat de gronden op welke de uitspraak ten principale rust", en wijders: „dat die grief feitelijk juist is";

„dat het Hof voorts heeft geoordeeld dat, ofschoon het vonnis wegens dit formeel gebrek nietig is, de nietigheid in hooger beroep niet kan worden uitgesproken, en vervolgens, na zelfstandige motiveering van het regtspunt, het vonnis heeft bevestigd;

„O., dat het Hof ten onregte heeft aangenomen, dat het in eersten aanleg gewezen vonnis ten aanzien van de beslissing ten principale geene regtsgronden inhoudt en daarbij dus niet zijn opgevolgd a. 156 der tijdens het uitspreken van het vonnis van kracht zijnde Grw. en a. 59, n° 3, B.-R. waarvan de naleving bij a 20 R. O. op straffe van nietigheid is voorgeschreven;

„O. toch, dat de regtb., na onder de feiten te hebben

vermeld, dat de oorspronkelijke eischers (eischers in cassatie) hebben aangeboden het beding waarop zij zich beroepen hadden, door getuigen te bewijzen, in regte heeft overwogen dat het getuigenbewijs der gestelde daadzaak niet is toegelaten, met opgave der redenen waarom naar haar oordeel dit bewijs niet is geoorloofd, en daarop zoowel de principale vordering als de incidenteele tot getuigenbewijs heeft ontzegd;

„O., dat alzoo de regtb. van oordeel is geweest dat de regtsgronden, waarop de incidenteele vordering moest worden afgewezen, de ongegrondheid der principale medebragten, dat is: dat uit het niet toegelaten zijn van het getuigenbewijs, het niet bewezen zijn der ingestelde vordering volgde;

„dat de regter, tot deze slotsom komende, blijkbaar mede in aanmerking heeft genomen dat de eischers zich niet op schriftelijk bewijs hadden beroepen, en het antwoord van den gedaagde, zooals uitdrukkelijk wordt overwogen, slechts als gewone ontkentenis mogt gelden;

„O., dat de vraag of de regtsgronden waarop de regtb. gemeend heeft hare beslissing te moeten doen steunen al dan niet volledig genoeg zijn om de beslissing te regtvaardigen, bij het oordeel over het al of niet voldoende van het vonnis aan de gemelde a. 156 en 59 n° 3 buiten beantwoording moet blijven, omdat die artt. alleen voorschrijven het met redenen omkleeden van de vonnissen en geenszins de wijze waarop dit moet geschieden;

„O., dat waar geene termen bestonden om het vonnis van den eersten regter, als zoude daarbij a. 20 R.-O. in verband met de evengenoemde artt. niet zijn in acht genomen, te vernietigen, het Hof, door dit niet te doen, die artt niet kan hebben geschonden, en het *middel* bijgevolg is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen.”

N⁰ 3014. — Arrest van 23 Maart 1888.

(Exceptio plurium litis consortium. — A. 406 j° 4, 6° B.-R.)

Is de voorziening in cassatie ontvankelijk, wanneer, gelijk in casu, *tijdens het uitbrengen der daartoe betrekkelijke dagvaarding, een der in cassatie gedagvaarde mede-verweerders, die in eersten aanleg oorspronkelijk gedaagde en hoofdpartij was in het geding, reeds overleden was?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. GREGORY, namens den Proc.-G, de volgende conclusie genomen:

„De 1ᵉ verw. in cassatie heeft opgeworpen de *exceptio plurium litis consortium,* op grond dat de 2ᵉ verw overleden is en zijne erfgenamen niet in zijne plaats in het geding zijn geroepen. De exceptie komt mij gegrond voor, vooral ook omdat de 2ᵉ verw. de rekenpligtige is en het beklaagde arr. eigenlijk tegen hem alleen is gewezen. Wel beweren de eischers in cassatie dat die exceptie *jure nostro* niet bestaat, omdat ze in het wetboek van B.-R. niet met zooveel woorden genoemd wordt; maar dit doet niets ter zake, daar zij in den aard der regtsvordering haren grond heeft. Zij werd dan ook zelfs nog zeer onlangs door den H.-R., als ook in ons regt bestaande aangemerkt. Ik bedoel het arr. van 14 Jan 1887 (v. D. HON. *B.-R* LIII, 7; *Ned.-Regt.* CXLV, 71). Eveneens kan den eischers hun beweren niet baten, dat zij bij het doen beteekenen der dagvaarding van het overlijden geen kennis droegen, daar zij dan op nieuw hadden moeten dagvaarden en alsnog de erfgenamen in regte moeten roepen. De *middelen* nu, in cassatie voorgesteld, zijn de drie volgende:

„1⁰ Schending en verkeerde toepassing van a. 1802 B.-W. „v. N. I, en, voor zooveel noodig, van het overeenstemmende

„a. 1839 B.-W., door aan te nemen, dat een ander dan de „lastgever het regt heeft te eischen dat de lasthebber re„kenschap geve en verantwoording doe van al hetgeen hij „uit kracht van zijn volmagt ontvangen heeft;

„2⁰ Schending en verkeerde toepassing der a. 146 en „145 B.-W. v. N.-I. en, voor zooveel noodig, der daarmede „overeenstemmende a. 201 en 200 B.-W., door, met mis„kenning der letter en der geschiedenis dier a. en van hun „naauwen zamenhang, aan te nemen dat de vruchten en „inkomsten uit de goederen der vrouw zijn ter onbeperkte „beschikking van den echtgenoot, niet slechts voor de „huishouding en opvoeding der kinderen;

„3⁰ Schending en verkeerde toepassing van a. 897 B.-R. „in verband met de a. 883 en 880 K. (voor zooveel noodig, „van a. 913 W. v. B.-R. v. N.-I. en de a. 869 en 866 W. „v. K. v. N.-I.) door een voordeel, bij huwelijksche voor„waarden besproken, te doen genieten door de schuldei„schers van den man, en geen rekening te houden met „het imperatief voorschrift der wet, dat, in geval van ken„nelijk onvermogen van den man, de vrouw *in natura* te„rugneemt de goederen, die haar toebehooren en niet in „de gemeenschap vallen.”

„Schending van a. der Nederl.-Indische wetgeving staat gelijk met de schending van a. eener vreemde wetgeving en kan niet tot cassatie leiden, gelijk de H.-R. meermalen besliste (*). Intusschen is in de *middelen*, zij het dan ook in de beide eerste slechts „voor zooveel noodig”, van de met bedoelde a. overeenkomende a. der *Nederlandsche* wetgeving de schending beweerd. Tegen de *drie middelen* van cassatie heeft echter de 1e verw. een ander bezwaar. Hij

(*) Cff. de arresten van 13 April 1855 (v. D. HONERT, *G.-Z.* XIII, 123) en 16 Oct. 1868 (ID. *B.-R.* XXXIII. 31).

beweert namelijk, dat het door het beklaagde arr. bevestigde vonnis is gegrond op *Nederlandsch-Indisch* regt en dat er dus van cassatie geen sprake kan zijn. Is dit werkelijk het geval, dan is natuurlijk de cassatie uitgesloten. Want schending van a. der Nederl.-Indische Wetgeving, d. i. eener vreemde wetgeving, kan bij den H.-R. geen punt van onderzoek uitmaken; en schending van a. der Nederlandsche wetgeving kan niet in aanmerking komen, waar geen Nederlandsch, maar Nederl.-Indisch regt is toegepast. Dit beweren is evenwel, naar het mij voorkomt, geheel ongegrond. De regtb. (en het is tegen haar dat de grief is gerigt) heeft alleen onderzocht wat tusschen den 2^en^ en 3^e^ gedaagde, die in Nederl.-Indie zijn gehuwd, bij huwelijksche voorwaarden is gecontracteerd, en heeft dat gedaan bij het licht der Nederl.-Indische wetgeving, maar dat de beslissing des regters omtrent de vragen, die partijen verdeeld houden, zou zijn gegrond op Nederl.-Indisch regt, is een beweren, dat m. i. bij de lezing van het vonnis dadelijk blijkt onjuist te zijn.

„Dewijl, naar mijne overtuiging, het beroep in cassatie, wegens de juistheid der opgeworpen exceptie, niet-ontvankelijk is, kan ik kort zijn bij de bespreking der *drie* zoo even vermelde *middelen*.

„Wat nu het *eerste middel* betreft, zoo staat *in facto* vast, vooreerst, dat de eisch^sse^ in cassatie aan den eischer in cassatie bij a. 3 der huwelijksche voorwaarden uitdrukkelijk het beheer heeft gegeven over de door haar aangebragte goederen en verder dat zij daarna bij notarieele acte, daarbij bijgestaan door haren echtgenoot, den eischer in cassatie, den 2^en^ verw, heeft gemagtigd om in haren naam en te haren behoeve al hare tegenwoordige en toekomstige goederen te beheeren en te besturen. De eischer had dus *jure* het beheer over bedoelde goederen. De eisch^sse^ kon hem

dit niet meer ontnemen. Dientengevolge kan de zoo even genoemde volmagt alleen dan regtsgeldig zijn wanneer men den bijstand des eischers opvat als eene lastgeving, door hem aan den 2^{en} verw. verstrekt. Doet men dit niet, dan is die verw. als de *negotiorum gestor* tegenover den eischer te beschouwen.

„Wanneer men dus met den steller van het *middel* het bestaan van lastgeving aanneemt, dan is niet de eisch^{sse} maar de *eischer* de lastgever, en de 2^{e} verw. zou dus aan hem alleen rekening en verantwoording schuldig zijn, ware het niet dat hij in staat van kennelijk onvermogen was verklaard. Deze omtandigheid echter maakt, dat thans de rekening en verantwoording moet geschieden aan zijn *vertegenwoordiger*, ten aanzien der uitoefening van zijn vermogensregten, d. i. den *curator.*

„Het *eerste middel* is derhalve m. i. ongegrond.

„Dit is ook het geval met het *tweede middel.*

„Blijkens hetgeen *in facto* vaststaat, werd den eischer als hoofd der echtvereeniging bij meergenoemd a. der huwelijksche voorwaarden, de beschikking gegeven over de vruchten en inkomsten van de door de eisch^{sse} ten huwelijk aangebragte goederen, alsmede van hetgeen zij later door erfenis als anderszins mogt verkrijgen, iets wat hem trouwens reeds, bij gebreke van beding, krachtens a. 201 B.-W. toekwam. De steller van het *middel* nu beweert, dat het Hof de beteekenis van dit a. alsmede van a. 200 heeft miskend. Maar in a. 201 staat volstrekt geen beperking tot de huishouding en de opvoeding der kinderen te lezen. Men wijst echter op het woord „daaromtrent" in a. 201. Daaruit zou dan blijken van het onafscheidelijk verband, dat er tusschen dat a. en a. 200 bestaat. Maar wat men met dat zoeken van verband tusschen de beide a. wint, is mij niet regt duidelijk. Want ook in a. 200 vindt men de bedoelde

beperking niet. Het is waar, er wordt gesproken van eene som, welke de vrouw jaarlijks tot de huishouding en de opvoeding der kinderen uit hare goederen zal moeten bijdragen, maar ik zie in die woorden slechts de aanduiding van het doel, waartoe die som *bestemd* is, ik zie er geen verbod in om haar voor iets anders te besteden. De man, die, zooals *in casu* de eischer, het beheer over de goederen der vrouw heeft, kan m. i. in geval van a. 200 met de daargenoemde som en in geval van a 201 met de vruchten en inkomsten doen wat hij verkiest (*). Rekening en verantwoording (zooals b v. in het geval van a. 160) is hij dan ook niet schuldig.

„Eindelijk het *derde middel.* Ook dit komt mij ongegrond voor. Want over roerende en onroerende goederen, welke aan de vrouw behooren en die deze *in natura* zou kunnen terugnemen (a 880 K.), loopt het geding niet Evenmin kan er sprake zijn van „*voordeelen*", door de vrouw aan den man bij huwelijksche voorwaarden toegezegd (a 883 ibid.) Vooreerst toch wordt in dat a met „voordeelen" kennelijk de eene of andere *schenking* (†) bedoeld, en althans zeer zeker niet datgene, wat de *wet* aan den man toekent (a 201). En al wordt dit nu aan den eischer bij huwelijksche voorwaarden nog eens uitdrukkelijk verzekerd, zoo kan de bepaling in gemelde acte hetgeen den eischer *jure* toekomt, niet in een *voordeel* veranderen,

„Daar nu, zooals ik in den aanvang zeide, de opgeworpen exceptie mij gegrond voorkomt, heb ik de eer te concluderen, dat de eischers zullen worden verklaard niet-ontvankelijk in hun eisch en zullen worden veroordeeld in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gezien de stukken, en daaronder een afschrift der ter

(*) Zie ook DIEPHUIS, *Systeem* IV, bl. 164 en 310.

(†) Cf. KIST, *Beginselen van Handelsregt* VI, bl. 206.

teregtzitting van 2 Dec. 1887 gevallen uitspraak, waarbij het tegen den 2n verw. gevraagd verstek is geweigerd, als reeds overleden tijdens het uitbrengen van de dagvaarding in cassatie;

O., dat de eischers bij exploit van 18 Mei 1887, met dagvaarding van den 1n verw. en tevens van J. J. B, als mede-verw., zich in cassatie hebben voorzien van een 24 Jan 1887 door het Geregtshof te 's Gravenhage tusschen J. J. B. te Soerabaya en de eischers, oorspronkelijk gedaagden, toen appellanten, en den 1n verw., oorspronkelijk eischer, toen geint., gewezen arr., bij welk arr de in eersten aanleg gedane veroordeeling van genoemden B. om aan den oorspronkelijken eischer te doen rekening en verantwoording, en van zijne toen mede-gedaagden, thans eischers, om dit te gehengen on te gedoogen, is bevestigd;

„O., dat de 1e verw. tegen die voorziening heeft opgeworpen de exceptie *plurium litis consortium*, op grond dat nu de 2e verw. B. tijdens het uitbrengen der dagvaarding in cassatie reeds overleden was en zijne erven niet in het geding zijn vertegenwoordigd, de voorziening niet aanhangig is gemaakt tegen al degenen die in de eerste instantiën partij waren of hunne vertegenwoordigers;

„O. daaromtrent, dat volstrekt noodig is dat de hoofd- of eigenlijke partij in een geding ook in de verdere instantiën daarin blijve, vermits de beoogde beslissing anders doel en uitwerking zou missen;

„O., dat hieruit volgt, dat de mede-verw. B., die als beweerd rekenpligtige oorspronkelijk ged. en hoofdpartij was in het geding, — waarin de nu eischers alleen geroepen waren om het tegen hem geeischte te gehengen en te gedoogen, — ook in cassatie had behooren te zijn opgeroepen;

„dat bijgevolg, nu dit niet geschied is, en hij verw. of zijne erven dus daarin niet zijn betrokken, de voorziening

in cassatie inderdaad niet aanhangig is tegen allen die daarbij als partijen moesten voorkomen en uit dien hoofde niet is ontvankelijk;

„O., dat de voorgestelde exceptie alzoo is gegrond, en dat vermits bij hare toewijzing de tegen den verw. B. uitgesproken veroordeeling in stand blijft, de eischers ten onregte beweren dat de excipient zou zijn zonder belang;

„Verklaart de eischers niet-ontvankelijk in hunne voorziening en veroordeelt hen in de kosten."

N° 3015. — Arr. van 29 Maart 1888.

Kerkelijke zaak.

(Kon. besluit van 9 Febr. 1866, *St.* n°. 10. — A. 2 en 3 v. h. Alg. Regl. voor de Ned. Herv. Kerk van 1 Mei 1852. — A. 1696 B.-W.)

Bevatten de Reglementen van het zedelijk ligchaam, de kerkelijke gemeente te Tjamsweer wel degelijk bepalingen betreffende het stemregt, zoodat het geval in a. 1696 *B.-W. voorzien*, in casu *niet aanwezig is?* — Ja.

De Proc-G. Mr. Polis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* waarop dit beroep steunt, stelt als geschonden of verkeerd toegepast de a. 1690, 1692, 1696 en 1697 B.-W en a. 11 A.-B, doordien, hoezeer voor het beheer der goederen en fondsen van het zedelijk ligchaam, de kerkelijke gemeente van T, geene bepalingen opzigtelijk het stemregt bestaan, bij het beklaagde arr. is overwogen, dat a. 1696 B.-W. van geene directe toepassing kan zijn, en dan ook dat a. buiten toepassing is gelaten

„Bij het aangevallen arr is bevestigd het in eersten aanleg tusschen partijen gewezen vonnis, waarbij was verworpen de door den eischer in cassatie voorgestelde exceptie van *non-qualificatie*, daarop gegrond, dat de grondslag, waaraan de nu verw^s hunne hoedanigheid ontleenen, is vicieus, om-

dat voor de op 18 Julij 1885 gehouden stemming over de vraag: of de Hervormde Gemeente te T. zich, wat betreft het beheer der goederen en fondsen aan de gemeente toebehoorende, wil onderwerpen aan het Algem. Reglement op het beheer der kerkelijke goederen der Hervormde Gemeente in Nederland, alleen zijn opgeroepen en hebben deelgenomen die leden der Gemeente, welke volgens a. 1 van het betrekkelijk Synodaal Reglement destijds stemgeregtigd waren tot het benoemen van Ouderlingen en Diakenen en de beroeping van Predikanten, terwijl al de overige leden der Gemeente eenvoudig zijn buitengesloten, ofschoon zij naar a. 1696 B.-W. gelijke regten hebben.

„Het Hof, alhoewel beslissende dat de Gemeente is een zedelijk ligchaam (4e overw. *quoad jus*) is van oordeel, dat a. 1696 in deze van geene directe toepassing kan zijn, en indien dit juist is, dan zal het beroep moeten worden verworpen, omdat dan de beslissing, dat bij stemming van 18 Julij 1885 teregt *analogice* gevolgd is a. 1 van het Synodaal Reglement op de benoeming van Ouderlingen en Diakenen en de beroeping van Predikanten, geheel overeenkomende met a. 3* van het Algemeen Reglement voor de Hervormde Kerk, geene der in het *middel* genoemde wetsbepalingen kan zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„Is nu teregt a. 1696 door het Hof in deze niet toepasselijk geoordeeld? Al aanstonds dient opgemerkt te worden, dat het Hof zijne beslissing, dat a. 1696 hier niet toepasselijk is, niet doet steunen op eenige beoordeeling der innerlijke waarde van dat a, in strijd met a. 11 A.-B., maar wel beslist, dat het bezwaar, dat door den eischer geopperd werd tegen analogische toepassing van de Synodale regeling van het stemregt, nl onbevoegdheid der Synode om het kerkelijk stemregt ten aanzien van het beheer te regelen, evenzeer zou bestaan bij analogische toepassing

van a. 1696, vermits ook de burgerlijke wetgever, indien hij het kerkelijk stemregt had willen regelen, *wat hij echter volgens het Hof, niet gedaan heeft*, daartoe onbevoegd zou zijn geweest.

„Voor zijne leer nu, dat a. 1696 in deze van geene directe toepassing kan zijn, voert het Hof twee gronden aan. In de eerste plaats beslist het Hof „dat a. 1696 het bestaan van instellingen, overeenkomsten en reglementen veronderstellende, en daarmede georganiseerde zedelijke ligchamen behandelende, *eo ipso* van geene directe toepassing kan zijn, waar in de Hervormde kerk, die met het oog op haar *bestuur* en *beheer* steeds op tweeërlei wijze was georganiseerd, het geval was ontstaan, dat eene dier organisatiën, waarin ook het stemregt eene plaats bekleedde, bij koninklijk besluit in alle deelen was vervallen verklaard, en er dus geene organieke instellingen of reglementen voor dat doel meer bestonden, maar voortaan uit haren boezem nieuwe regelingen moesten voortkomen."

„En nu meenden de verw[s] dat de grondgedachte van het arr. in deze overweging deze is, dat in 1869 niet eene van de twee uiterlijke zijden eener instelling, doch eene geheele constitutieve organisatie of instelling zelve weggerukt is, en a 1696 zou dan niet zijn geschonden; want dan zou de stemming van 18 Julij 1885 niet geweest zijn eene stemming *in het bestaande zedelijk ligchaam*, maar eene stemming tot *oprigting van een nieuw zedelijk ligchaam*, waarmede a. 1696 zich niet bemoeit.

„Het valt niet te ontkennen, dat zoo iets wel schijnt te zijn de voorstelling van Mr. Boeles in zijne in 1868 verschenen brochure *Scheiding van Kerk en Staat*, p. 47, waar het heet: „een fundamenteel vereischte voor het begrip „van zedelijk ligchaam, de organisatie, komt te vervallen. „De uitdrukkingen kerk en gemeente verliezen, wat het

„beheer betreft, het begrip van iets wezenlijks: zij worden „zwevende denkbeelden." En Mr. VAN DER LAAN, *de Scheiding van Kerk en Staat in haren overgang*, pag. 108, leert met zoovele woorden, dat de Hervormde kerk *bestaat uit twee bijzondere ligchamen*, *het eene voor de geestelijke*, *het andere voor de stoffelijke belangen.* Maar in het arr. bestaat, dunkt mij, voor die opvatting geen grond. Van twee naast elkander bestaan hebbende zedelijke ligchamen, ieder met zijne eigene organisatie, is in het arr. geen sprake. En waarom zou dan ook eenzelfde zedelijk ligchaam niet op tweeërlei wijze kunnen zijn georganiseerd?

„Waarom zouden in het zedelijk ligchaam de kerkelijke gemeente, het bestuur en zijne bevoegdheid, de regten en verpligtingen der leden niet anders kunnen zijn geregeld met betrekking tot de geestelijke belangen (het z g. *bestuur*), dan met betrekking tot de stoffelijke belangen der gemeente (het z. g. *beheer*)? Ik zou meenen, dat het arr. geene andere uitlegging toelaat dan deze, die met de werkelijkheid overeenkomt, dat in het bestaande zedelijk ligchaam, de kerkelijke gemeente, de regeling van het zg. *beheer* was vervallen, en dan had de stemming van 18 Julij 1885 niet plaats om een nieuw zedelijk ligchaam te constitueeren, maar om in het bestaande zedelijk ligchaam de vervallen regeling van het beheer door eene nieuwe te vervangen. Maar dan hadden ook al de leden van het zedelijk ligchaam tot de stemming moeten zijn opgeroepen en toegelaten, en dan kan het wel de vraag zijn, of alle in a 2 van het Synodale Algemeen Reglement als tot de gemeente behoorende aangewezen personen, in den zin van a. 1696 *leden* zijn van het zedelijk ligchaam (en, men vergelijke daarover de vonnissen van het kngt te Leiden en de regtb. te Leeuwarden in *Weekblad* nos 4155 en 5417), maar dan mogt toch niet bij deze stemming regstreeks of bij

analogie eene beperking van stembevoegdheid worden toegepast, alleen omdat zij, zooals het Hof zelf beslist, en dus *als feitelijk uitgemaakt hier vaststaat*, voorkomt in reglementaire voorschriften behoorende tot den anderen tak der kerkelijke organisatie, en die dus op het Stemregt in zake *beheer* niet zijn toepasselijk, al heeft men het zich welligt anders voorgesteld toen a. 3 * in het Synodaal Alg. Reglement is opgenomen. (Men zie dienaangaande DOUWES en FEITH, *Kerkelijk Wetboek*, pag. 3). En dan is a 1696 geschonden.

„Tenzij juist mogt zijn 's Hofs tweede motief voor de niet-toepasselijkheid van a. 1696 in deze, dat namelijk dit a. meer op het oog heeft zedelijke ligchamen, die krachtens overeenkomst zijn ontstaan, alzoo in oorsprong en zamenstelling een zuiver civiel-regtelijk karakter dragen, en dus niet het kerkgenootschap en ieder zijner gemeenten.

„De leer van de verw[s], dat a. 1696 met de kerk niets te maken heeft, omdat de kerk veel ouder is dan het Burgerlijk Wetboek, is dus niet die van het Hof, maar zij is m. i. evenmin verdedigbaar.

„De plaatsing van den titel over zedelijke ligchamen in het contracten-regt, kan dunkt mij voor de stelling van het Hof geen argument opleveren, nu in dienzelfden titel bepalingen voorkomen als de a 1690, 1697 en 1701. In den geheelen titel wijst dan ook geen woord op de door het Hof of de verw[s] gewilde beperkingen, en uit de geschiedenis der wet, zooals zij bij VOORDUIN V, pag. 308 en volgg. wordt medegedeeld, blijkt duidelijk dat men aan zoodanige beperkingen niet heeft gedacht. — Waar het stemregt in een zedelijk ligchaam bij de instellingen, de overeenkomsten en de reglementen niet geregeld is, daar is ieder lid stemgeregtigde. Dat is zoo algemeen mogelijk. En ik wil men volhouden, dat de burgerlijke wetgeving niet kan de

bedoeling gehad hebben het stemregt *in zuiver kerkelijke zaken* te regelen, het zij zoo; maar hier betrof de stemming niet eene zuiver kerkelijk zaak, doch het goederenregt der gemeente. En zeker kan men niet aannemen, dat de burgerlijke wetgever niet *kan* geacht worden in eenig opzigt het regt te hebben willen regelen *in* zedelijke ligchamen, die niet zijn het product van civiel-regtelijke handelingen of bepalingen, maar geheel onafhankelijk van het burgerlijk regt zijn tot stand gekomen, want uit a 1699 blijkt het tegendeel; terwijl eindelijk het beroep van de verw^s voor hun stelsel op a. 3 O., en op a. 85 der wet op het regt van Vereeniging en Vergadering niet opgaat, omdat het eerste slechts afdoende is waar het geldt de kracht eener overeenkomst te beoordeelen, het laatste alleen de strekking heeft te voorkomen, dat de bepalingen der wet op het regt van vereeniging en vergadering tot maatstaf zullen genomen worden bij de beoordeeling van vereenigingen, welke vóór het in werking komen dier wet bestonden.

„Of kan men welligt beweren, dat waar sprake is van de kerk, het oude kerkelijk regt kan aangemerkt worden als te behooren tot *de instellingen*, die a. 1696 bedoelt? *Tentari potest.* Maar afdoende zou het hier niet zijn; want de beslissing is juist dat, voor wat het punt waarop het hier aankomt, betreft, geenerlei regeling bestaat, en men zich dus met analogische toepassing van niet direct toepasselijke voorschriften moet behelpen.

„Maar is dan 's Hofs uitspraak ook niet te redden met de leer, dat het kerkegoed is *Stichting?* Dat beproeven de verw^s. Doch op dien grond is de exceptie bij den *judex facti* niet bestreden, en al kon hier worden uitgemaakt, dat in het algemeen het kerkegoed is *Stichting*, de mogelijkheid bestaat dat het hier of daar, welligt juist te T.,

anders is, en feiten om dit te beoordeelen ontbreken.

„Ik acht dus de voorziening gegrond en concludeer tot cassatie van het beklaagde arr. met regtspraak overeenkomstig de conclusiën des eischers, ook voor wat de kosten betreft."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat de eischer als *eenig middel* van cassatie heeft aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1690, 1692, 1696 en 1697 B.-W. en van a. 11 der wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van 15 Mei 1829, *St.* n⁰ 28, doordien, hoezeer voor het *beheer van de goederen en fondsen* van het zedelijk ligchaam, de kerkelijke gemeente van Tjamsweer, geene bepalingen opzigtelijk het stemregt bestaan, bij het beklaagde arr. is everwogen dat a. 1696 B.-W. van geene directe toepassing kan zijn, en dan ook dat a. buiten toepassing is gelaten;

„O., dat dit *middel* berust op de bewering, dat er voor het beheer der goederen en fondsen van de kerkelijke gemeente van Tjamsweer geene bepalingen omtrent het stemregt bestaan;

„O. dat, nadat bij a. 2 van het Algemeen Reglement voor de Herv. Kerk in het koningrijk der Nederlanden, van 1 Mei 1852, welke bepaling ook door den eischer in cassatie is ingeroepen, in overeenstemming met de vroegere bepalingen was bepaald welke personen tot elke bijzondere gemeente der Nederl. Herv. Kerk behooren, bij a. 3 * is aangewezen wie hunner stemgeregtigde leden van zoodanige gemeente zijn;

„dat nu wel gemelde a., volgens de feitelijke beslissing van het bestreden arr, oorspronkelijk alleen zijn vastgesteld met het oog op het bestuur van de gemeenten en van het kerkgenootschap, en niet met oog op het beheer der aan die gemeenten en aan het kerkgenootschap behoorende

goederen, waarvoor vroeger andere bepalingen golden, die bij Kon. besluit van 9 Febr. 1866, *St.* n⁰ 10, zijn ingetrokken, doch dat die oorspronkelijke beperking niet belet dat zij bepalingen bevatten, waarbij, volgens de beslissing van het Hof, wordt geregeld *wie* tot de gemeente, die eigenares is der te beheeren goederen, behooren, en *wie* als stemgeregtigde lidmaten van die gemeente moeten worden aangemerkt;

„O., dat de reglementen van het zedelijk ligchaam derhalve wel degelijk bepalingen bevatten betreffende het stemregt, zoodat het geval in a. 1696 B.-W. voorzien, hier niet aanwezig is en gemeld a. derhalve in deze niet kan zijn geschonden;

„O., dat het aangevoerde *middel* van cassatie derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N⁰. 3016 — Beschikking van 5 April 1888

(A. 764 K. j⁰ a⁰ 431 B.-R.)

Heeft een in het buitenland uitgesproken faillissement hier te lande dezelfde regtsgevolgen als een faillissement dat in Nederland uitgesproken is? — NEEN.

Op een aan de arr.-regtb. te Amsterdam gerigt verzoekschrift van F. K., koopman, wonende te Warschau, doch voor deze zaak domicilie kiezende ten kantore van den advocaat en procureur Mr. H. R. GOUDSMIT te Amsterdam, aan de Keizersgracht n⁰ 657, luidende:

„dat verzoeker houder is van een wissel getrokken 30 Nov. 1879 te St. Etienne, aan eigen order door de firma O. W. & C⁰ op de handelsvennootschap onder de firma J. en Ch. T., toen ter tijde te Warschau haar kan-

toor houdende, groot 1729.50 frs, betaalbaar ultimo Febr. 1880, waarde in goederen genoten, welke wissel door de betrokkene is geaccepteerd, aan verzoeker op 20 Dec. 1879 is geëndosseerd; dat de heer Ch T., koopman, sinds eenige jaren te Amsterdam aan de Reguliersdwarsstraat boven n° 95 woonachtig, als mede-deelgenoot in gezegde vennootschap, hoofdelijk tot de voldoening harer schulden, mitsdien ook in gezegden wisselbrief gehouden is;

„Dat verzoeker evenwel slechts 10 pCt. op dien wissel heeft ontvangen, doch gezegde heer Ch. T.. niettegenstaande herhaalde aanmaningen en geregtelijke geregistreerde sommatie van den deurwaarder W. A., dd. 24 Dec. 1887, met de voldoening der resteerende 90 pCt in gebreke blijft;

„dat uit deze omstandigheid reeds op zich zelf volgt, dat de heer Ch. T., die in gebreke blijft geaccepteerde en geprotesteerde wissels te voldoen, opgehouden heeft te betalen, doch dit te minder twijfelachtig is, nu verzoeker houder is van tal van wissels, welke door de meergenoemde handelsvennootschap onder de firma J. en Ch. T. zijn geaccepteerd, doch door hare individueele leden, respectievelijk door den heer Ch. T.; onvoldaan zijn gelaten;

„het mitsdien uwe regtb. moge behagen den heer Ch. T. koopman, wonende te Amsterdam, te verklaren in staat van faillissement, met benoeming van een regter-commissaris en van een of meer curatoren en met zoodanige andere bepalingen als uwe regtb. oorbaar zal achten.

't Welk doende,

(get.) H. R. Goudsmit, *procureur.*"

had die regtb. in dd. 1 Febr. 1888:

„Gehoord de gemagtigden van partijen; en

„Gehoord de conclusie van het Openb. Min. strekkende tot afwijzing van het ten requeste gedaan verzoek, de volgende beschikking genomen:

„O., dat uit de verklaringen der gemagtigden van den req. dat door den in het request genoemden persoon Ch. T. aangeduid wordt Chaim T, thans te Amsterdam verblijf houdende, lid van de thans ontbondene firma J. en Ch. T. te Warschau, in verband met de erkenning van den gemagtigden des gerequireerden, dat de laatste genaamd is C. M. J. T. alhier gevestigd en voorheen lid van de als boven vermelde firma, afgeleid moet worden, dat met verkorting van den eersten voornaam en met weglating van de overige voornamen vermelde C. M. J. T. als gerequireerde in het request wordt aangewezen;

„dat de gereq^{e} geen Nederlander is, doch volgens verklaring van zijn gemagtigde, sedert 1881 te Amsterdam verblijf houdt, wonende alhier Reguliersdwarsstraat, n° 95;

„dat uit dit voortdurend verblijf hier ter stede, in verband met de vestiging in gemelde woning, moet worden opgemaakt dat de gereq^{e} zijn woonplaats van Warschau naar Amsterdam heeft overgebragt om ter laatstgemelde plaatse zijn hoofdverblijf te vestigen en derhalve deze regtb. bevoegd is van voormeld request kennis te nemen;

„dat van wege des gereq^{n} gemagtigde is erkend dat de gereq^{e} tijdens het accepteeren van den bij het request genoemden wissel lid der firma J. en Ch. T. is geweest;

„dat dit tijdstip beslissend is voor de bevestigende beantwoording der vraag of, met het oog op het door den req. ingediende verzoek, de gereq^{e} als koopman moet aangemerkt worden;

„dat tusschen de gemagtigden van partijen vaststaat dat de firma J. en Ch. T. in 1881 te Warschau in staat van faillissement is verklaard;

„dat a. 431 B.-R. niet belet dit feit als grondslag voor deze beslissing aan te nemen, daar voormelde wetsbepaling onder tenuitvoerlegging van vonnissen door vreemde regters

slechts zoodanige executie bedoelt, welke geschiedt door beslag of andere wettelijke dwangmiddelen;

„dat uit den in het request genoemden wissel blijkt dat deze op 20 Dec. 1879 aan den req. is geëndosseerd en met dezen aannemende dat in dorso van den wissel door de bevoegde magt is aangeteekend, dat de req. voor het wisselbedrag in het passief der concurrente massa van J. en Ch. T. is toegelaten, en hieruit een a conto van 10 pCt. heeft verkregen ook in het voor den req meest gunstige geval, dat de betaling dezer 10 pCt. niet het gevolg was van een accoord of vergelijk, zou moeten blijken dat de req., welke te Warschau woont en door de erkenning van zijn schuld in het meergemelde faillissement zich onderworpen heeft aan de gelijkheid, verbonden aan den *concursus creditorum* en de daaraan te dier plaatse verbonden regtsgevolgen, in strijd met de Nederlandsche wet de bevoegdheid heeft behouden om individueel de betaling der overige 90 pCt. der wissels van den gereqᵉ te mogen vorderen;

„dat van zoodanige begunstiging volgens het te Warschau geldend regt niet is gebleken, doch zelfs afgescheiden hiervan, de gereqᵉ niet beschouwd kan worden, dat hij, door niet te voldoen aan de sommatie van 24 Dec. 1887 tot betaling der gevorderde 90 pCt, opgehouden heeft te betalen;

„dat immers het feit der non-betaling van den meergenoemden wissel ad 1729.30 frs door de firma J. en Ch. T. òf de oorzaak òf het gevolg is geweest van het faillissement dezer firma in 1881;

„dat de beide gevallen de gereqᵉ, lid der firma, met de betaling van het geheele wisselbedrag reeds te Warschau heeft opgehouden en wel vóór of op het tijdstip der failliet-verklaring;

„dat met dit voldongen feit eene nieuwe ophouding van

betaling van een gedeelte des wissels op 24 Dec. 1887 te Amsterdam onbestaanbaar is;

„dat op deze gronden het ingediend verzoek niet voor toewijzing vatbaar is;

„Gezien a. 9 Algem. Bepal., a 76 B.-W en a. 764 K.;

„Weigert het verzoek om Ch. T., koopman, wonende te Amsterdam, in staat van faillissement te verklaren."

Van die beschikking kwam dezelfde adressant in hooger beroep bij een adres aan het Geregtshof te Amsterdam, te kennen gevende (vertegenwoordigd als boven):

„dat hij zich tot de arr.-regtb. te Amsterdam heeft gewend met het verzoek, dat het haar zoude mogen behagen, den heer Ch. T., wonende te Amsterdam, te verklaren in staat van faillissement met alle gevolgen daaraan door de wet gehecht op de gronden en motieven bij dat request omschreven;

„dat bij geregistreerde beschikking der regtb. dd. 1 Febr. 1888 het verzoek is van de hand gewezen;

„dat hij zich met deze beschikking ten zeerste bezwaard acht en daarvan *tempore utili* bij uw Hof in hooger beroep komt;

„dat voor zoover de regtb. nog in twijfel trekt of inderdaad Ch. T. een accoord met zijne schuldeischers in het faillissement heeft getroffen, die twijfel geheel vervalt door de bij dit request overgelegde, door de regtb. te Warschau afgegeven verklaring;

„dat de regtb. evenwel het verzoek afwees op twee gronden:

„I. dat zoude moeten blijken, dat de req. te Warschau woont en door de erkenning van zijn schuld in het faillissement zich onderworpen heeft aan de gelijkheid verbonaan den *concursus creditorum* en de daaraan te dier plaatse verbonden regtsgevolgen, in strijd met de Nederlandsche

wet de bevoegdheid heeft behouden om individueel de betaling der overige 90 pCt des wissels van den gereq^e^ te mogen vorderen en dat van zoodanige begunstiging volgens het te Warschau geldend regt niet is gebleken, terwijl a. 431 B.-W. niet belet het feit van het faillissement te Warschau als grondslag harer beslissing aan te nemen;

„dat verzoeker zich in geenen deele met de opvatting des eersten regters kan vereenigen;

„dat verzoeker volgaarne erkent dat a. 431 B.-R. niet belet het buitenlandsch faillissement als een onbetwistbaar feit aan te nemen, doch ten stelligste betwist, dat daarmede het feit tegen den req. wordt beslecht;

„dat alleen de vraag deze is of de req. is schuldeischer van den gereq^e^, die te Amsterdam woonachtig is en als koopman opgehouden heeft te betalen en bij eene bevestigende beantwoording daarvan volgens a. 765, 766 K. des gereq^n^ faillietverklaring behoort te worden uitgesproken;

„dat nu zoude moeten blijken dat op dien regel eene uitzondering is voorgeschreven, voor den crediteur die in het buitenland zich in het faillissement van den debiteur heeft laten erkennen;

„dat die uitzondering evenwel niet bestaat;

„dat het buitenlandsch faillissement hoogstens medebrengt, daargelaten dat eene dergelijke bepaling den verzoeker in de Russische wet niet bekend is, dat te Warschau des verzoekers individueele vervolging tegen den debiteur is uitgesloten of een nieuw faillissements-aanvrage niet met goed gevolg aldaar kan worden geëischt, doch dat de Nederlandsche wet nergens voorschrijft dat aan de erkenning in het buitenlandsch faillissement die uitgebreide werking behoort te worden toegekend, dat in Nederland niet op nieuw, — wanneer overigens de vereischten aanwezig zijn — faillissement zoude kunnen worden uitgesproken; dat evenmin

als het buitenlandsche faillissement den schuldeischer volgens het Nederlandsche regt verhindert individueele executie op het vermogen van den in Nederland wonenden schuldenaar, evenmin een algemeene executie (faillissement) daardoor kan worden buitengesloten;

„dat dit aan geen twijfel onderhevig is, wanneer men bedenkt dat executie-regt uit den aard der zaak is beperkt binnen het territoir, m. a. w. is territoriaal regt;

„dat bovendien, wanneer men tengevolge van het buitenlandsch faillissement, vervolging hier te lande uitgesloten zou achten, men in strijd met de aangehaalde a. van het Wetb. van Kooph. aan den vreemden regter zou toekennen een invloed op de Nederlandsche regtspraak, die hem nergens verleend is of kan worden;

„II. dat niet zoude zijn gebleken dat de gereq^c had „opgehouden te betalen, nu hij in gebreke bleef te voldoen de op den wissel schuldig gebleven 90 pCt.; dat hij immers reeds te Warschau had opgehouden te betalen en wel voor of op het tijdstip der faillietverklaring het geheele door hem verschuldigde wisselbedrag, en daarmede onbestaanbaar is een nieuwe ophouding van betaling van een gedeelte des wissels op 24 Dec. 1887;"

„dat de verzoeker zich ook met dezen grond niet kan vereenigen en s. r. het argument niet van spitsvondigheid vrij te pleiten acht;

„dat, zoolang immers de wissel met tal van andere door den gereq^e geaccepteerde wissels door dezen niet voldaan zijn, hij in den toestand verkeert van den koopman, die opgehouden heeft te betalen en kwalijk is in te zien, waarom met het „voldongen feit", dat te Warschau toen ter tijde reeds de wissel onvoldaan was gebleven, onbestaanbaar is het zijn of het verkeeren in den toestand van den koopman, die opgehouden heeft te betalen;

„dat, ging de opvatting des 1n regters op, de schuldedenaar door met have en goed naar het buitenland te vlugten, nadat hij in staat van faillissement was verklaard, zich voor goed aan de vervolging van zijne schuldeischers zou kunnen onttrekken, hetgeen toch niet de bedoeling van eenigen wetgever kan geweest zijn;

„dat verzoeker hierbij overlegt:

„1° den reeds bij het introductief request besproken wissel ad frs. 1729,50 met het translaat;

„2° eene sommatie dd. 24 Dec. 1887;

„3° verklaring van het geregt te Warschau met translaat;

„4° brief van F. K. dd. 3 Febr. 1888;

„5° beschikking der regtb.;

„het mitsdien uw Hof moge behagen, met tenietdoening van het appèl tevens te vernietigen de voormelde beschikking van de arr.-regtb. te Amsterdam, waarvan appèl, en, doende wat de 1e regter had behooren te doen, te verklaren in staat van faillissement Ch. T., koopman, wonende te Amsterdam, met alle gevolgen daaraan door de wet gehecht;

„Voorts uwe beschikking te verklaren uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut en zelfs vóór de registratie."

In handen gesteld van den Proc.-G. bij dit Geregtshof, concludeerde deze tot bekrachtiging van bovenvermelde beschikking der arr.-regtb., waarop het Geregtshof een beschikking nam van dezen inhoud:

„Het Hof enz.;

„Gezien vorenstaand verzoekschrift van F. K., koopman wonende te Warschau;

„Gelet op vorenstaande conclusie van den Proc.-G, strekkende tot bekrachtiging der in het verzoekschrift genoemde beschikking der arr.-regtb. te Amsterdam;

„Zich geheel vereenigende met de gronden en de mo-

tieven vervat in de meergemelde beschikking der arr.-regtb. te Amsterdam dd. 1 Febr. 1888;

„Bekrachtigt die beschikking;

„Wijst het gedaan verzoek af.”

Tegen deze beschikking voorzag de afgewezene zich in cassatie, bij hieronder volgend adres aan den H.-R.:

„Geeft eerbiedig te kennen: F. K. enz, koopman, wonende te Warschau, doch ten deze domicilie kiezende ten kantore van en in regten vertegenwoordigd door den adv. en procureur Mr. J. M. HIJMANS, wonende en kantoor houdende te 's Gravenhage, aan de Javastraat n° 70*b*;

„dat door den verzoeker op 17 Jan. 1888 aan de arr.-regtb. te Amsterdam is ingediend een verzoekschrift, strekkende tot faillietverklaring van den heer Ch. T., koopman, woonachtig te Amsterdam, en wel op grond, dat verzoeker houder was van eenen op hem geëndosseerden en door den betrokkene geaccepteerden wisselbrief groot 1729.50 francs, betaalbaar ultimo 1880, aan eigen order getrokken door de firma O. W. & C° op de handelsvennootschap onder de firma J. en Ch. T., toen ter tijde te Warschau haar kantoor houdende, en van welke vennootschap voornoemde heer Ch. T. was deelgenoot en als zoodanig hoofdelijk tot de voldoening harer schulden en mitsdien ook van gezegden wisselbrief gehouden;

„dat op dien wisselbrief slechts 10 pCt was voldaan, doch gezegde heer Ch. T., niettegenstaande aanmaningen en geregtelijke sommatie dd. 24 Dec. 1887, in gebreke bleef de resterende 90 pCt te voldoen;

„dat derhalve verzoeker van meening was, dat uit de omstandigheid, dat de op de firma J. en Ch. T. getrokken en door dezen geaccepteerden wisselbrief, welke door hare individueele leden, respectievelijk door den heer Ch. T., onvoldaan was gelaten, niettegenstaande meergemelde heer

Ch. T., zooals gezegd, als deelgenoot der vroegere firma hoofdelijk tot de voldoening van dien wisselbrief was gehouden, en welke wisselbrief op 24 Dec. 1887 te Amsterdam door den deurwaarder W. A. behoorlijk van non-betaling was geprotesteerd, voortvloeide, dat de heer Ch. T. meergemeld had opgehouden te betalen;

„dat de regtb. te Amsterdam *in facto* aannemende:

1⁰ dat de identiteit van den gereq^{e} vaststond;

2⁰ dat hij op het tijdstip van het accepteren van den wissel lid der firma J. en Ch. T. was;

3⁰ dat derhalve met het oog op dat tijdstip in verband met het ingediende verzoek de gereq^{e} als koopman moest aangemerkt worden;

4⁰ dat de firma J. en Ch. T. in het jaar 1881 te Warschau is failliet verklaard;

5⁰ dat verzoeker voor het wisselbedrag in het passief der concurrente massa van J. en Ch. T. was toegelaten en daaruit een conto van 10 pCt had verkregen, en eindelijk:

6⁰ dat de regtb. bevoegd was van voornoemd request kennis te nemen;

„evenwel bij beschikking van 1 Febr. 1888 het gedaan verzoek van de hand wees op de volgende gronden:

„I dat zoude moeten blijken dat de verzoeker, die te Warschau woont en door de erkenning van zijn schuld in het faillissement zich onderworpen heeft aan de gelijkheid, verbonden aan den *concursus creditorum*, en de daaraan te dier plaatse verbonden regtsgevolgen, in strijd met de Nederlandsche wet, de bevoegdheid heeft behouden om individueel de betaling der overige 90 pCt. des wissels van den gereq^{e} te mogen vorderen, en dat van zoodanige begunstiging volgens het te Warschau geldend regt niet is gebleken, terwijl a. 431 B.-R. niet belet het feit van het

faillissement te Warschau als grondslag harer beslissing aan te nemen;

„en II, dat niet zoude zijn gebleken dat de gereq^e had opgehouden te betalen, nu hij in gebreke bleef te voldoen de op den wisselbrief schuldig gebleven 90 pCt, dat hij immers reeds te Warschau had opgehouden te betalen, — en wel voor of op het tijdstip der faillietverklaring het geheel door hem verschuldigde wisselbedrag, en daarmede onbestaanbaar is eene nieuwe ophouding van betaling van een gedeelte des wissels op 24 Dec. 1887;

„dat de verzoeker van die beschikking is gekomen *tempore utili* in hooger beroep bij het Geregtshof te Amsterdam, doch het Geregtshof zonder nadere weerlegging van de aangevoerde grieven, maar zich geheel vereenigende met de gronden en motieven vervat in de beschikking der regtb., die beschikking des 1^n regters op 17 Febr. 1888 heeft bekrachtigd;

„dat de verzoeker zich met 's Hofs beschikking bezwaard achtende, thans bij uwen Raad daarvan in cassatie komt;

„dat ter ondersteuning dier voorziening worden aangevoerd de twee volgende *middelen van cassatie:*

„1^0 schending of verkeerde toepassing van de a 764, 765 en 766 K., in verband met a. 119 K., a. 204 van hetzelfde Wetboek en a. 1417 B.-W.;

„dat immers volgens den regel *„qui accepte paye"* de gereq^e, als hoofdelijk aansprakelijk deelgenoot van de vroegere firma J. en Ch. T. te Warschau, tot betaling verpligt was van dien door gemelde firma geaccepteerden wisselbrief op een tijdstip dat de gereq^e nog deel uitmaakte van die firma;

„dat mitsdien de gereq^e thans te Amsterdam woonachtig en derhalve aan de Nederlandsche wet onderworpen, nu hem de betaling van dien wissel werd gevraagd, door daar-

aan niet te voldoen, blijkens het hiervan opgemaakte en hiervoren reeds vermelde protest van non-betaling *als koopman* heeft opgehouden te betalen;

„dat derhalve, toen door den verzoeker, als houder van dien van non-betaling geprotesteerden wisselbrief en derhalve als schuldeischer van den gereq^{e} bij den bevoegden regter diens faillissement werd aangevraagd, des gereq^{n} faillietverklaring had behooren te worden uitgesproken;

„dat hiertegen niet afdoet het vaststaande en als grondslag der door de regtb. en Hof gegeven beslissing aangenomen feit van het buitenlandsch faillissement;

„dat toch zelfs bij een binnenlandsch faillissement de Nederlandsche wet nergens verbiedt, om indien men als schuldeischer is toegelaten en geen accoord is tot stand gekomen, later nog individueele afbetaling van het resterend bedrag te vorderen en dit dus *a fortiori* geldt voor een buitenlandsch — *in casu* het te Warschau uitgesproken faillissement —, in welk faillissement geen accoord is aangenomen, wat dan ook door de regtb. en Hof *in facto* niet is aangenomen en ten overvloede nog blijkt niet het geval te zijn geweest uit eene hierbij overgelegde verklaring van de Handelsregtb. te Warschau, zoodat eene zoodanige individueele vervolging voor het resterend bedrag des wissels, ook al is de vordering vroeger gedeeltelijk gekweten in het faillissement, in geen enkel opzigt in strijd is met de Nederlandsche wet, gelijk ten onregte door regtb. en Hof is aangenomen;

„dat die stelling evenzeer opgaat al ware het ook dat de buitenlandsche — *in casu* de Russische — wet eene zoodanige individueele vervolging niet mogt kennen (— des wel uitdrukkelijk „neen" —) daar dan nog daaruit, met het oog op de voorschriften van de Nederlandsche wet niet zoude voortvloeijen, dat op aanvrage van den verzoeker

niet op nieuw in Nederland des gereq[n] faillietverklaring zoude kunnen uitgesproken worden — wanneer overigens de vereischten daartoe aanwezig zijn, gelijk hier het geval is — en evenmin in de Nederlandsche wet eene bepaling is te vinden die, — nu de gereq[e] te Amsterdam woonachtig is, — ten aanzien van den crediteur die in het buitenland zich in het faillissement van den debiteur heeft laten erkennen, eene uitzondering behelst op den regel neergelegd in de a. 764, 765 en 766 K;

„dat dus het Hof de beschikking der regtb. zonder meer bevestigende en dus mede afwijzende het verzoek des req[s] tot faillietverklaring van den gereq[c], niettegenstaande deze in gebreke was gebleven het resterend bedrag van den op 24 Dec. 1887 te Amsterdam van non-betaling geprotesteerden wisselbrief te voldoen, heeft geschonden a 764 K., in verband met de overige bij dit *middel* aangehaalde bepalingen;

„2° Schending of verkeerde toepassing van de bij het vorige *middel* aangehaalde artikelen, nog in verband met a. 140 K.;

„dat immers waar de gereq. krachtens het accept verpligt was tot betaling van den wissel en de verzoeker geregtigd was hem de uitbetaling te vragen van de op den wissel schuldig gebleven 90 pCt., welk bedrag door den gereq. niet is voldaan, deze laatste volgens de bepalingen van de Nederlandsche wet en aan welke wet hij, als te Amsterdam woonachtig, was onderworpen, als koopman — (daar hij op het tijdstip der acceptatie des wissels nog was de hoofdelijk aansprakelijke deelgenoot der firma J. en Ch. T. te Warschau) — heeft opgehouden te betalen en deze toestand van ophouding van betaling ook hier te lande voortduurt totdat het geheele wisselbedrag was gekweten.

„En dan ook Hof en regtb., door het tegendeel aan te nemen, a. 764 K. met de andere bij dit en het vorige *middel* aangehaalde a. heeft geschonden;

„Weshalve requestrant eerbiedig verzoekt dat het Uwen Raad moge behagen met vernietiging van de beschikking van het Geregtshof te Amsterdam van 17 Febr. 1888 en ten principale regtdoende, mede te vernietigen de daarbij bevestigde beschikking der regtb. te Amsterdam van 1 Febr. 1888 en alsnog de heer Ch. T. meergemeld, koopman, wonende te Amsterdam, te verklaren in staat van faillissement met alle gevolgen daaraan door de wet verbonden en met zoodanige andere bepalingen als Uwe Raad zal oirbaar achten."

In deze heeft de Adv.-G., Jhr. DE SAVORNIN LOHMAN, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„O., dat *in factis* vaststaat:

„dat de requestrant is houder van een wissel, door de firma J. en Ch. T. te Warschau geaccepteerd tijdens de gerequestreerde was deelgenoot en lid van die, nu ontbonden firma;

„dat die firma in 1881 is failliet verklaard;

„dat de req. als houder van bedoelden wissel in het faillissement toegelaten, daaruit heeft ontvangen een *a conto* van 10 pCt.

„dat de gerequestreerde sedert eenige jaren woont te Amsterdam, en ofschoon 24 Dec. ll geregtelijk gesommeerd om de resterende 90 pCt. te voldoen, daarmede is in gebreke gebleven; zijnde voorts door den req. gesteld en door den gereq. niet weersproken, dat hij te Amsterdam uitoefent het beroep van koopman, zoodat dit mede als feitelijk vaststaande moet worden aangenomen;

„O., dat de requestr. geene betaling van het onbetaald gebleven bedrag van den wissel hebbende bekomen, het faillissement van den gereq^{e} heeft aangevraagd;

„O. dat de regtb. heeft geweigerd den gereq^e^ in staat van faillissement te verklaren, — eensdeels omdat zou moeten blijken, doch niet bleek, — dat de req. die te Warschau woont en door de erkenning van zijne schuldvordering in het faillissement zich onderworpen heeft aan de gelijkheid, verbonden aan den *concursus creditorum* en de daaraan te dier plaatse verbonden regtsgevolgen, in strijd met de Nederlandsche wet de bevoegdheid heeft behouden om individueele betaling van de resterende 90 pCt. van den wissel te mogen vorderen, — anderdeels, omdat de gereq^e^, lid der firma J. en Ch. T., reeds heeft opgehouden met de betaling vóór of op het tijdstip der faillietverklaring te Warschau, en onbestaanbaar daarmede is een nieuwe ophouding van betaling te Amsterdam op 24 Dec. ll.;

„O., dat het Hof zich met die beschikking heeft vereenigd;

„O., dat req. zich tegen 's Hofs beschikking heeft voorzien in cassatie, als *middelen* aanvoerde:

„1° Schending of verkeerde toepassing van a. 764, 765, 766 in verband met a. 119 K., a 204 *eodem* en 1417 B.-W.;

„2°. Schending of verkeerde toepassing van de bij het vorig *middel* aangehaalde a., nog in verband met a 149 K.;

„O., dat req., als crediteur in het faillissement te Warschau, slechts ten deele betaling hebbende bekomen van den geaccepteerden wissel, — terwijl niet blijkt dat het faillissement is getermineerd met een accoord en dit uitdrukkelijk is ontkent, — geregtigd is, ook naar de Nederlandsche wet, — het onbetaald gebleven bedrag van den gereq^e^, zijnde deze gelijk hij erkent, hoofdelijk voor de voldoening verbonden, te vorderen;

„O., dat gereq^e^, na het faillissement der firma J. en Ch. T. zich te Amsterdam heeft gevestigd als koopman;

„O , dat hij, de van hem gevorderde betaling weigerende, derhalve *op* 24 *Dec. ll.*, terwijl hij *koopman* was te *Amster-*

dam, *daar* niet heeft betaald eene wisselschuld tot welker betaling hij was verpligt;

„O. dat hij mitsdien, zijnde koopman, op voormelden datum heeft opgehouden te betalen;

„O. dat hij dus, als onderworpen aan de Nederlandsche wet, krachtens a. 764 K. moest worden verklaard te zijn in staat van faillissement, zonder dat daartegen kan afdoen de omstandigheid dat de gereq^e^ voorheen, terwijl hij woonde te Warschau, aldaar lid was eener firma, die aldaar in der tijd in staat van faillissement is verklaard;

„O., dat alzoo de aangehaalde a. door het Hof zijn geschonden en verkeerd toegepast;

„Heeft de eer te concluderen conform het request."

BESCHIKKING. — De H.-R. der Ned. enz.

„Beschikkende op vorenstaand verzoekschrift;

„Gelet op de conclusie van den Adv.-G. Jhr DE SAVORNIN LOHMAN, namens den Proc-G., conform het request;

„O. dat de beslissing omtrent de beide *middelen* van cassatie afhangt van de vraag of een in het buitenland uitgesproken failissement dezelfde regtsgevolgen heeft als een hier te lande uitgesproken;

„dat toch, zoowel de beslissing der regtb., dat de req. volgens de Nederlandsche wet niet bevoegd zou zijn om individueel de betaling van de nog niet ontvangen 90 pCt des wissels te vorderen, als de beslissing dat met het feit dat de gereq in 1881 had opgehouden met de betaling van het geheele wisselbedrag, onbestaanbaar zou zijn eene nieuwe ophouding van betaling van een gedeelte des wissels in 1887, uitgaan van de onderstelling, dat de gewone verpligtingen, welke de gereq. hier te lande tegenover zijne schuldeischers heeft, door het in 1881 te Warschau uitgesproken faillissement in zooverre gewijzigd zijn,

„dat deze onderstelling is onjuist;

„dat toch het faillissement, als zijnde een bij een regterlijk vonnis bevolen algemeen beslag op de goederen des schuldenaars, op zich zelf niet verder werken kan dan de regtsmagt strekt van den regter, die het bevolen heeft, terwijl het in strijd zoude zijn met de onafhankelijkheid der onderscheidene Staten, indien vreemde regters daardoor verhinderd werden gelijksoortige maatregelen te treffen, wanneer daartoe overigens de bevoegdheid en de aanleiding bestaat;

„dat derhalve, al moge door de regtb. teregt zijn aangenomen, dat a. 431 B.-R. hier niet direct van toepassing is, toch de beide *cassatie-middelen* gegrond zijn, omdat a. 764 K. niet toegepast is in een geval, waarin, naar de feitelijke beslissing der regtb., alle vereischten daartoe aanwezig waren;

„Vernietigt mitsdien de beschikking van het Geregtshof te Amsterdam van 17 Febr. 1888 en ten principale regt doende:

„Vernietigt mede de daarbij bevestigde beschikking der regtb. te Amsterdam van 1 Febr. 1888;

„Verklaart Ch. T., koopman, thans wonende te Amsterdam aan de Reguliersdwarsstraat boven n° 95, te zijn in staat van faillissement;

„Bepaalt de opening van het failissement op 17 Jan. 1888;

„Benoemt Mr. J. H. v. Goor, lid der arr.-regtb. te Amsterdam, tot regter-commissaris, en Mr. D. Simons, advocaat te Amsterdam, tot curator;

„Gelast den curator om door verzegeling of andere gepaste middelen of door een en ander voor de bewaring des boedels te zorgen."

N° 3017. — Arr. van 6 April 1888.

(A. 629 j° 1401 B.-W.)

Komt het alleen den judex facti *toe, uit de dagvaarding, in verband met de verdere dingtalen en de juridieke contenance van partijen te bepalen den aard en de strekking eener ingestelde regtsvordering?* — JA.

Is het den regter geoorloofd, indien hij door het gevoelen van deskundigen overtuigd is, dit geheel te volgen en daaraan zijne beslissing te ontleenen? — JA.

Namens den Proc.-G., heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Bij het *eerste middel* wordt beweerd schending en verkeerde toepassing van a. 629 j^s^ 630 en 634, alsmede van 1401 B.-W.

„Het komt in het kort hierop neder, dat de regter heeft ontvankelijk verklaard eene actie uit het bezitregt, gecumuleerd met die tot schadevergoeding wegens onregtmatige daad, — hoezeer laatstgenoemde geen plaats laat voor de revindicatie tegen den bezitter, hetzij ter goeder hetzij ter kwader trouw.

„Daaromtrent overweegt het Hof, dat bij de introductieve dagvaarding is geposeerd: dat de eischer in cassatie op een aan den verw. in eigendom toebehoorend perceel heeft en behoudt een secreet en een schuurtje, welk een en ander aldaar in strijd met des verw^s^ eigendomsregt is geplaatst; dat daardoor diens eigendomsregt is geschonden, en dat hij door die onregtmatige handeling schade lijdt; dat op dien grond is gevorderd veroordeeling van den thans eischer tot opruiming van die getimmerten, daardoor het perceel ter vrije en onbetwiste beschikking van den verw. te stellen, en tot schadevergoeding wegens zijne onregtmatige handelingen.

„En dan maakt het Hof uit, dat, met het oog op den inhoud

dier dagvaarding, des eischers bewering niet opgaat, omdat niet is opgevorderd het perceel waarop secreet en schuurtje staan, doch opheffing van de belemmering, die hem van het volle genot van zijn eigendom berooft, door opruiming van de voorwerpen die, in strijd met zijn eigendomsregt, op zijn grond door den eischer zijn geplaatst; — dat dus, nu geene actie ex a. 629 B.-W. is ingesteld, niet behoeft te worden onderzocht, of zij met die van a. 1401 mag worden gecumuleerd.

„Mij komt het voor, dat dat die beslissing daargelaten dat niet is aangetoond dat *dit cumul* bij de wet is verboden, is *facti*, en in ieder geval dat zij is juist.

„Aan den *judex facti* alleen behoort het oordeel om o. a. uit de dagvaarding te bepalen den aard en strekking der ingestelde regtsvordering; daarop kan in cassatie niet worden teruggekomen, waardoor een nieuw onderzoek der dingtalen, het eenmaal uitgesproken oordeel niet kan worden gewijzigd. Bovendien zijn de gronden door het Hef aangevoerd allezins juist; er is niet geägeerd door een eigenaar, die van den houder zijn goed opvordert, maar door een eigenaar die schadevergoeding vordert voor het willekeurig bezetten van zijn grond en die de opruiming daarvan eischt.

„*Quaeritur* echter, is het in strijd met de wet, eene zoodanige tweeledige vordering in te stellen?

„Zeker wordt dit niet bij a. 1401, in het *middel* opgenomen, gewraakt; integendeel, dat a. is zeer algemeen; „elke onregtmatige daad enz."; en nu kan ik niet inzien, waarom hij, die opruiming eischt van op zijn grond wederregtelijk door een ander gestelde voorwerpen, daaraan niet mag verbinden de vordering om vergoeding van de schade, die hem door die onregtmatige daad is veroorzaakt.

„Die vorderingen sluiten elkander uit haren aard niet

uit, integendeel, de tweede is een rationeel sequeel van de eerste, en daarom ben ik van oordeel, dat a. 1401 met juistheid is toegepast en dat het *middel* ongegrond is.

„En dat is m. o. evenzeer waar van het *tweede middel*, luidende: schending en verkeerde toepassing van a. 1902 en 1903 B.-W. en de a 222, 235 en 236 B-R., door op grond van een rapport van deskundigen en niet van eenig wettig bewijsmiddel aan te nemen dat de grond waarop secreet en schuurtje zich bevinden, van den verw. is zulks, niettegenstaande hij eischer had aangeboden het tegendeel door getuigen te bewijzen.

„Te dien aanzien: vooreerst, dat volgens de jurisprudentie van den Raad, het berigt van deskundigen wel niet in a. 1903 onder de bewijsmiddelen is opgenomen, doch daaruit niet volgt, dat de wet daaraan in burgerlijke gedingen geen bewijskracht zou hebben toegekend en dat gezegd a. niet is limitatief (Arr. 15 Jan. 1864, v. d. Hon. *B.-R.* XXVIII, 24, *Regtspr.* LXXVI, 45; verder Leon *a. d. h.* a. n^0 5); ten andere dat dit *middel* zijn feitelijken grondslag mist, omdat het bedoelde verslag alleen tot voorlichting heeft gediend en niet als bewijsmiddel is aangevoerd; de regter heeft zich met de gronden, in het rapport van deskundigen vervat, *vereenigd, en die tot de hare gemaakt;* maar in de uitspraak, komt geenszins voor, dat de plaats waar de getimmerten stonden, namelijk op grond van den verw., *wordt bewezen* door het verslag van de deskundigen.

„En wat zou zoodanig verslag, hetwelk de wet erkent, beduiden, als de regter er zich zelfs niet mede mogt vereenigen.

„Zeker is dit niet in strijd met de in het *middel* opgenomen a. B.-R.

„Voorts valt in cassatie niet te beoordeelen, of teregt is afgewezen een verzoek om de getuigen te hooren; het

al of niet toestaan daarvan is aan de prudentie van den regter overgelaten.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 629 in verband met a. 630 en 634 en a. 1401 B.-W., door niet aan te nemen òf dat de verw. in cassatie heeft ingesteld eene actie, gegrond op a. 629 j° 1401 B.-W., òf dat de verw. in cassatie heeft ingesteld eene actie gegrond op a. 629 j° a° 634 B.-W., en wel aan te nemen, dat de verw. in cassatie heeft ingesteld eene actie gegrond op a 1401 B.-W, en zulks niettegenstaande hij bij introductieve dagvaarding zonneklaar heeft gesteld, en zelfs vooropgesteld zijn eigendomsregt en schending daarvan; op grond waarvan hij amotie of opheffing van de belemmering waardoor hij in het vrije genot van zijn eigendomsregt wordt gestoord, vorderde, met schadevergoeding als sequeel;

„O. daaromtrent, dat aan den *judex facti* alleen de bevoegdheid toekomt om uit de dagvaarding, in verband met de verdere dingtalen en de judiciëele contenance van partijen te bepalen den aard en de strekking eener ingestelde regtsvordering;

„dat *in casu* door het Hof op grond van den inhoud der dagvaarding is uitgemaakt, dat geene actie uit a. 629 B.-W. is ingesteld, maar als strekking der vordering aangenomen, dat de tegenwoordige verw., stellende, dat hij door de onregtmatige handelingen van den eischer in cass., waardoor hij in zijn eigendomsregt werd gekrenkt, schade heeft geleden, deswegens behalve de opruiming van de op zijn eigendom gestichte voorwerpen, veroordeeling van den eischer in cassatie tot schadevergoeding gevorderd heeft;

„dat het al dan niet juiste van dit uitgesproken oordeel door een nieuw onderzoek van de dagvaarding en verdere dingtalen niet kan worden getoetst, en op dien grond alleen reeds het aangevoerde *middel* onjuist moet worden geacht;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1902 en 1903 B.-W. en der a. 222, 235, 236 B.-R., door enkel op grond van een rapport van deskundigen, en dus niet op grond van eenig wettig bewijsmiddel als bewezen aan te nemen het feit, dat de grond, waarop het secreet en het schuurtje zich bevinden, waarvan de verw. de opruiming eischt, deel uitmaakt van het perceel, door den verw. in 1866 van G. de K. gekocht; en zulks niettegenstaande de eischer in cass. subsidiair had aangeboden om door getuigen het tegendeel te bewijzen;

„O. daaromtrent, dat het *middel* gerigt is tegen 's Hofs beslissing, dat de eerste regter, die een onderzoek van deskundigen noodig achtte omtrent de bij het *middel* bedoelde vraag, bevoegd was om, toen hij in het door hen uitgebragt rapport de noodige inlichtingen vond en zich met hun gevoelen, alsmede met de gronden, waarop het berustte, vereenigde, dat rapport tot grondslag zijner beslissing te doen strekken;

„dat wel is waar het berigt van deskundigen bij a. 1903 B-W. niet wordt opgenoemd onder de bewijsmiddelen, maar daaruit niet volgt, dat de wet in burgerlijke gedingen daaraan geene bewijskracht zou hebben toegekend en het alleen zou hebben toegelaten tot 's regters voorlichting;

„dat veeleer uit de aan den regter in a. 236 B.-R. uitdrukkelijk verleende bevoegdheid om van het gevoelen der deskundigen af te wijken, indien het met zijne overtuiging strijdt, mag worden afgeleid, dat het hem, indien hij er

wel door overtuigd is, geoorloofd is het geheel te volgen daaraan zijne beslissing te ontleenen;

„dat de vraag, of de regter in het ten deze uitgebragt rapport de vereischte inlichtingen gevonden heeft, en of de daartegenover gestelde feiten ter zake dienende en afdoende waren, van geheel feitelijken aard is, en daaromtrent in cassatie geen onderzoek kan worden ingesteld;

„dat dus ook het *tweede middel* ongegrond is;

„Verwerpt het ingesteld beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten"

N° 3018. — Arr. van 20 April 1888

(A. 182 in fine j° a° 1658 B.-W.)

Blijven in het geval bedoeld bij a. 182 *i. f. B.-W., wanneer tusschen de echtgenooten heeft bestaan algeheele gemeenschap van goederen, alle roerende en onroerende* goederen *en al de* schulden, *zoowel die vóór en gedurende het huwelijk als die na de ontbinding daarvan verkregen of gemaakt, tot de gemeenschap behooren, zoodat zij tusschen den langstlevenden echtgenoot en zijn kinderen gemeen zijn, totdat die zullen zijn verdeeld?* — Ja.

Is de zin der bepaling van gemeld a., dat de gemeenschap ten voordeele van de minderjarigen voortduurt, als zijnde alleen in het belang der minderjarigen gemaakt, deze dat de minderjarigen bij de ontbinding der gemeenschap door den op te maken inventaris het regt hebben te onderzoeken welke de toestand van den gemeenschappelijken boedel was bij de ontbinding van het huwelijk en dien toestand met den tegenwoordigen te vergelijken, om hun aandeel te berekenen naar den voor hen meest voordeeligen maatstaf? — Ja.

Volgt hieruit ook dat de voortduring der gemeenschap met de meerderjarigheid ophoudt en dus, indien er meerdere kinderen zijn, met betrekking tot hem die meerderjarig wordt, op dit tijdstip eindigt? — Ja.

Staat derhalve de minderjarige, meerderjarig geworden, tot

de voortgeduurd hebbende gemeenschap, zooals die was toen hij meerderjarig is geworden, in dezelfde regtsverhouding als ieder mede-eigenaar van een gemeenschappelijken boedel tot dien boedel, zoodat voor de schulden van die gemeenschap de daartoe behoorende goederen niet in executoriaal beslag kunnen genomen worden, tenzij de executie mede tegen den meerderjarig geworden minderjarige is gerigt? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„*In facto* staat vast, dat de eischers executoriaal beslag hebben gelegd ten laste van A. v. K. op eenige onroerende goederen te Vledder, met voornemen om die te verkoopen; dat J. v. K. daartegen is opgekomen, bewerende te zijn van die goederen mede-eigenaar *pro indiviso;* dat hij tot interventie geregtigd is, omdat hij een zoon is van den geëxecuteerde A. v. K. en diens echtgenoote M. B., overleden tijdens hij nog minderjarig was; dat deze waren getrouwd zonder huwelijksche voorwaarden; dat de huwelijksgemeenschap tusschen zijne ouders, zoomede de nalatenschap van zijne moeder, nog zijn onverdeeld, terwijl door A. v. K. geen inventaris is opgemaakt; dat de beslagen goederen zijn aangekocht door A. v. K. op eigen naam na het overlijden van zijne vrouw en vóór zijne (J. v. K.'s) meerderjarigheid.

„Uit die feiten heeft de eerste verw. en met hem het Hof van Leeuwarden het gevolg getrokken, dat die goederen behoorden tot de voortgezette gemeenschap; dat hij verw. daarvan *dus* was mede-eigenaar *pro indiviso*, en het beslag mitsdien teregt is gelegd.

„Tegen die uitspraak is als *middel* van cassatie aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 174, 175, 181, 182, 451, 625, 639, 1177, 1178, 1179, 1493, 1902 B.-W., 437, 491 en 538—543 B.-R.

„Het steunt op den drieledigen grond: 1° dat hier zou hebben plaats gehad interversie van bewijslast, omdat niet de executant, maar de intervenient had te poseren en te bewijzen, dat het goed uit de middelen der gemeenschap was aangekocht; 2° dat het Hof ten onregte zijne beslissing afhankelijk heeft gesteld van de vraag of de aankoop van het goed was geschied uit eigen middelen dan wel van gelden behoorende tot de gemeenschap; 3° dat is voorbijgezien, dat het hier geldt een gewoon executoriaal beslag onder den schuldenaar, zoodat a. 451 B.-W. buiten toepassing is, terwijl het in strijd is met a. 182 om de baten der gemeenschap te vorderen en de schaden van zich te werpen

„Door den verw is daartegen aangevoerd: 1° dat bij de 2e overw. van het arr. *in facto* zou zijn uitgemaakt, dat de beslagen goederen vielen in de huwelijksgemeenschap; dat is echter feitelijk onjuist, want die considerans bevat *geen* beslissing van den *regter*, maar de posita van den eersten verweerder;

„2° Dat ter beoordeeling van het beweerde *condominium* het Hof moest onderzoeken met welke middelen het goed betaald was; ook dat gaat niet op, want het moest juist aangetoond worden, dat het oordeel des regters van de beslissing *daarover* afhankelijk moest zijn, en dat is niet geschied;

„3° Dat het Hof feitelijk beslist dat een hypotheek was gevestigd, zoodat het mogt aannemen dat daarvoor werd geëxecuteerd; zulks is evenwel in strijd met de feitelijke beslissing, dat krachtens eene notariele grosse werd geëxecuteerd; terwijl in ieder geval die quaestie voor de beslissing van het geding onverschillig is, hetwelk zich beweegt over de vraag of het goed dat bezwaard was *pro indiviso* aan J. v. K. toebehoorde.

„De tot tegenspraak aangevoerde gronden komen mij daarom onaannemelijk voor.

„Ik voor mij wensch het *middel* niet te splitsen, maar het in zijn geheel te behandelen.

„Wat is de grond van de interventie, die m. o. teregt door de regtb. is afgewezen? Alleen deze, dat de intervenient beweert te zijn mede-eigenaar *pro indiviso* van het in beslag genomen goed; doch zulks is niet bewezen, en onjuist.

„In de 7e overw. neemt het Hof aan, dat de in beslag genomen onroerende goederen *zich voordoen* als aangekocht uit de middelen der gemeenschap, waarvan *dus* de vader en zijne kinderen *pro indiviso* eigenaren zijn; dat de vraag of die aankoop voor- of nadeelig is te achten, eerst bij de scheiding ter sprake kan komen en in dit geding tot geen regtsgevolg kan leiden.

„Deze regtsbeschouwing van het Hof miskent de strekking van a. 182 B.-W.

„Eenerzijds erkennende, dat eerst bij de scheiding kan blijken van het voor- of nadeel van de gecontinuëerde gemeenschap, neemt het tevens aan dat zulks op dit geding van geen invloed is.

„Maar, juist omdat het thans *in incertis* is, of de intervenient eigenaar of mede-eigenaar van het goed zal zijn, heeft hij geen regt van vorderen.

„Met het Hof kan gerust worden aangenomen, dat het beslagen goed uit de middelen van gemeenschap is verkregen, al is de motivering daaromtrent eenigzins vreemd, maar de gevolgtrekking daaruit gemaakt ten aanzien van den mede-eigendom is onjuist en in strijd met de wet, *in specie* met a. 182 B.-W.

„Bij mijne conclusie voorafgaande aan uw arr. van 4 Mei 1883 (*Regtspr.* CXXXIV, 1; v. D. HON., *B.-R.* XLVIII,

345), heb ik getracht aan te toonen, dat de beteekenis van dit a. deze was, dat de *communio continuata* bij de scheiding aan de kinderen de keuze laat tusschen den boedel, gelijk die was *tempore mortis* en tijdens de meerderjarigwording.

„Deze bepaling, die soms eene *straf* is voor den vader, die geen inventaris had opgemaakt, heeft naar het algemeen gevoelen zijn oorsprong in het oud-Hollandsche regt. Zoo zegt Mr. J. D. Meyer: „de voortzetting der gemeenschap had plaats o. a. *tot straffe* van nalatigheid van den langstlevenden der ouders, welke op het overlijden van den eerststervenden echtgenoot had verzuimd eenen behoorlijken inventaris op te maken". (*Bijdragen* Dl. 6 bl. 105, jg 1831 en 1832; verg. van der Voort 1e stuk bl. 169, en v. d. Linden *Handboek* bl. 44). Gelijke bepaling vindt men ook in het oude Fransche regt (*Institutes Coutumières* van Loysel door Dupin uitgegeven, Dl. I bl. 374, n° 386; Pothier Dl. 6, bl. 455); doch zij wordt in den *Code* niet aangetroffen.

„Hoe dit zij, bij voormeld arr. besliste de Raad *in terminis*, dat de woorden van a. 182 geen andere beteekenis kunnen hebben, dan dat voortduring der gemeenschap alleen aangenomen wordt, indien bij de ontbinding blijkt, dat zulks ten voordeele der minderjarigen zoude strekken of m. a. w. dat deze laatsten mogen kiezen, of zij met de plaats gehad hebbende voortduring der gemeenschap al dan niet genoegen willen nemen.

„Er bestaat dus slechts een soort van voorwaardelijke *societas*, afhankelijk van de keuze van afrekening met den langstlevenden echtgenoot.

„De Hoogleeraar Diephuis (*Systeem* Dl. IV, bl. 256) is van eene andere meening, voornamelijk op grond, dat vermits er *tempore mortis* geen inventaris is opgemaakt, de grondslag gemist wordt om de kinderen eene keuze te laten

doen. Daarom kan echter de stand der zaken tijdens het overlijden ook wel later worden vastgesteld, al moge de inventaris dan in bijzonderheden niet zoo naauwkeurig zijn; in hoofdzaak kunnen de kinderen toch wel in staat gesteld worden hunne keuze te bepalen. Geen der oude costumen of ontwerpen van wetten, welke die keuze *totidem verbis* gaven, heeft dan ook dat bezwaar geteld.

„Wanneer nu de langstlevende goederen aankoopt, dan komen deze in de gemeenschap, maar dan zijn de kinderen daarvan *geen* eigenaars *pro indiviso*, omdat zij nog niet hebben gekozen en dat van de keus afhankelijk is of de gemeenschap blijkt te hebben voortgeduurd, dus of de kinderen waren eigenaren *pro indiviso*.

„De verw. bevond zich niet in het *stadium* van met zijn vader te scheiden; hij had niet geopteerd voor de voortgeduurde gemeenschap, en vóór dien tijd is hij geen medeeigenaar; hij kan scheiding vragen, een zakelijk regt op het goed heeft hij niet. Daarom kan zijn eventueel regt niet tegen derden werken, die geld schoten op goed, hetwelk ten name van den vader stond.

„Deze had regt het te bezwaren en tegenover derden was hij de eigenaar, wiens goed geëxecuteerd kan worden.

„En nu is er hier geen sprake van toepassing van a. 451 B.-W., want er zijn geen goederen van de minderjarigen bezwaard, maar van de gemeenschap; goederen waarvan het onzeker is of ze er ooit den eigendom van zullen hebben. De tweede verw. handelde niet als vader-voogd, maar als beheerder der *communio continuata*.

„Gelijk ik zeide, de hoofdvraag die dit geding beheerscht, is deze, of de eerste verw. krachtens a. 182 B.-W. is medeeigenaar van de beslagen goederen. Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord en daardoor het a. geschonden en verkeerd toegepast.

„Ik concludeer tot vernietiging van het in deze zaak gewezen arr., en dat de H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, zal bevestigen het vonnis door de regtb. te Assen gewezen, met veroordeeling van den eischer tot interventie in alle de kosten."

ARREST. — De H-R. d. Ned. enz.

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 174, 175, 181, 182, 451, 625, 639, 1177, 1178, 1179, 1493, 1902 B.-W, a. 437, 491, 538—543 B.-R., vooreerst, omdat het Hof, met miskenning van den regel van a. 1902 B.-W., aanneemt dat de in beslag genomen goederen zich voordoen als aangekocht uit de middelen der oude gemeenschap, louter uit overweging dat de executant en de geëxecuteerde niet hebben beweerd, dat het goed uit eigen middelen is aangekocht, want dat, had de intervenient gemeend aan zulk eene omstandigheid regt voor zijn mede-eigendoms-sustenu te kunnen ontleenen, het aan hem had gestaan om haar te poseeren en te bewijzen, doch noch de partij die gekocht heeft, noch de partij die diens goed executeert behoeft te beweren dat het gekochte uit eigen middelen is betaald, ja zelfs de vraag of het goed in het geheel wel betaald is, voor de executie ten eenenmale is onverschillig; in de tweede plaats, omdat ter beoordeeling van den mede-eigendom tegenover derden van kinderen, bij de zoogenaamde gecontinueerde gemeenschap, aan een goed door den langstlevende ten eigen name aangekocht, het Hof ten onregte onderscheidt tusschen het geval dat die langstlevende het goed kocht voor eigen geld en het geval dat hij betaalde met geld van de oude gemeenschap, want eigenaar wordt wèl hij die koopt en wien wordt geleverd, doch niet de ander uit wiens kas dat alzoo verkregen goed is betaald, en de geëxecuteerde, van wien feitelijk vaststaat

dat hij als langstlevende het goed verkreeg op eigen naam, was dus tegenover elken derde van dat goed de executabele eigenaar, onaangezien welke verpligting ook voor hem tegenover zijn kinderen ten opzigte van dat goed mogt bestaan of ontstaan ten gevolge van het instituut der gecontinueerde gemeenschap, en onverschillig of die continuatie door den betrokkene tijdens het beslag of de interventie mogt worden of zijn aanvaard of niet; en in de derde plaats, omdat, waar feitelijk vaststaat dat de interventie is gerigt tegen een gewoon executoriaal beslag van het goed onder den schuldenaar, en mitsdien de vraag, of de executant al of niet hypothecair regt heeft, geheel vreemd is aan het geschil, het Hof een volstrekt irrelevanten beslissingsgrond ontleent aan a. 451 B.-W. en bovendien voorbijziet dat wie het beslagen door den langstlevende verkregen goed voor gemeen wil aanzien op grond van gecontinueerde gemeenschap, ook de gecontracteerde schuld voor een gemeenschapsschuld moet erkennen en dus het executoriaal beslag voor die schuld niet mag aanvallen, want het gaat niet aan naar de baten der gemeenschap van a. 182 te grijpen, doch de schaden op zij te zetten;

„O., dat dit *middel*, daargelaten de afzonderlijke daarbij aangevoerde beweringen, in hoofdzaak betreft den aard der voortgezette gemeenschap volgens a 182 *in fine* B.-W.

„O., dat toch, blijkens de feitelijke beslissing van het bestreden arr., tusschen partijen *in facto* vaststaat, dat hier bestaat eene voortgezette huwelijksgemeenschap tusschen den mede-verw. en zijne kinderen, waaronder ook de verw., omdat de mede-verw. bij het overlijden zijner vrouw heeft verzuimd als langstlevende echtgenoot, ingevolge a. 182 B.-W., eene boedelbeschrijving te doen opmaken;

„O., dat de verw. diensvolgens beweert te zijn mede-eigenaar van de tot die voortgezette gemeenschap behoorende door

de eischers in beslag genomen goederen en opheffing van dat beslag heeft gevraagd;

„O., dat de huwelijksgemeenschap, die anders, volgens a. 181 B.-W., door den dood van een der echtgenooten wordt ontbonden, volgens de slotbepaling van a. 182, bij gebreke van eene volgens dat a. op te maken boedelbeschrijving, voortduurt, ten voordeele „der minderjarigen, doch nimmer ten hunnen nadeele";

„O., dat derhalve de regtsbetrekking van algeheele gemeenschap van goederen, zooals bij a. 174 en volgende B.-W. is geregeld, welke door het huwelijk zonder huwelijksche voorwaarden aangegaan tusschen de echtgenooten was gevestigd, is blijven bestaan, zoodat alle roerende en onroerende *goederen* en al de *schulden* zoowel die vóór en gedurende het huwelijk als die na de ontbinding daarvan verkregen of gemaakt, tot de gemeenschap behooren en dus tusschen den langstlevenden echtgenoot en zijne kinderen gemeen zijn, totdat die zullen zijn verdeeld;

„O., dat dit voortbestaan is ongewijzigd, vermits de wet daaromtrent geen enkele bepaling bevat;

„dat alleen is bepaald, dat die voortduring der gemeenschap niet kan strekken ten nadeele der minderjarigen, maar wel tot hun voordeel, doch dat die bepaling evenmin kan beteekenen dat alleen de baten gemeen zouden zijn, als dat de gemeenschap eerst zoude intreden wanneer het voordeel voor de minderjarigen gebleken is, vermits de gemeenschap alsdan in strijd met de woorden der wet niet zoude voortduren, maar worden geschorst totdat de minderjarigen de keus gedaan zouden hebben;

„O., dat de zin dier bepaling alleen zijn kan dat de minderjarigen bij de ontbinding der gemeenschap door den op te maken inventaris het regt hebben te onderzoeken welke de toestand van den gemeenschappelijken boedel was

bij de ontbinding van het huwelijk en dien toestand met den tegenwoordigen te vergelijken, om hun aandeel te berekenen naar den voor hen meest voordeeligen maatstaf;

„O., dat de verw. derhalve, nu niet blijkt dat ooit een inventaris van den gemeenschappelijken boedel is opgemaakt, te regt beweert mede-eigenaar te zijn van de in beslag genomen goederen, als in de gemeenschap vallende of daartoe behoorende;

„O., dat de slotbepaling van a. 182 alleen in het belang der minderjarigen gemaakt is en bovendien althans wat de algeheele gemeenschap betreft, eene afwijking is van den in a. 1658 B.-W uitgedrukten regel, dat alle maatschappen, hetzij van alle goederen, hetzij van een bepaald gedeelte daarvan onder eenen algemeenen titel, verboden zijn;

„dat derhalve dit voorschrift geene andere uitlegging toelaat dan dat de voortduring der gemeenschap met de meerderjarigheid ophoudt en dus, indien er meerdere kinderen zijn, met betrekking tot hem die meerderjarig wordt, op dit tijdstip eindigt;

„dat alzoo de minderjarige, meerderjarig geworden, tot de voortgeduurd hebbende gemeenschap, zooals die was toen hij meerderjarig is geworden, in dezelfde regtsverhouding staat als ieder mede-eigenaar van eenen gemeenen boedel tot dien boedel, waaruit volgt dat voor de schulden van die gemeenschap de daartoe behoorende goederen niet in executoriaal beslag kunnen genomen worden, tenzij mede aan hem de executoriale titel beteekend en bevel tot betaling gedaan is, dat is: de executie mede tegen hem is gerigt;

„O., dat feitelijk vaststaat dat voor den aanvang der onderwerpelijke executie de verw. reeds meerderjarig was, en die executie niet tegen hem gerigt is;

„dat mitsdien, wat er ook moge zijn van de juistheid der beweegredenen, waarom het Hof het verzet van den verw. te-

gen de inbeslagneming gegrond heeft geoordeeld, het voorgestelde *middel* niet tot cassatie van het bestreden arr. kan leiden:

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N°. 3019. — Arr van 20 April 1888.

(A. 1961 B.-W. — A. 1435 B.-W.)

Is het verbod, vervat in a. 1961 *B.-W. alleen toepasselijk indien de erkende partij zich uitdrukkelijk op dat verbod heeft beroepen?* — NEEN.

Laat de wet eene uitzondering toe op den bedoelden regel in eene procedure tot rekening en verantwoording? — NEEN.

Is de toepasselijkheid van den regel in a. 1435 *B.-W. gesteld uitgesloten in geval van eene procedure tot rekening en verantwoording?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Van den eischer is als lasthebber van de verweerderesse om voor haar naaimachines te verkoopen, en daarvan successivelijk den koopprijs te innen, een saldo van rekening gevorderd. Bij de oorspronkelijke dagvaarding werd gespecificeerd, waarop dat saldo berustte. De nu eischer bestreed het bedrag van het gevorderde 1° op grond, dat de opgevorderde gelden slechts ten deele door hem waren ontvangen en dus aan zijn lastgever niet konden worden afgedragen, terwijl hij voor het meerdere, door anderen nog verschuldigde, niet aansprakelijk was; 2° omdat een post van *f* 38 voor een naaimachine door hem wel was ontvangen, maar aan de verweerderesse was voldaan. De gedaagde in eersten aanleg heeft op die gronden erkend een saldo schuldig te zijn, maar tot een bedrag van slechts *f* 26, o. a. omdat hij de *f* 38 had afgedragen.

„Op het eerste punt van verweer is hij door de regtb.

in het gelijk gesteld; maar ten aanzian van het andere punt oordeelde de regter, dat die bekentenis, „ik heb ont„vangen, maar het geld aan u betaald", splitsbaar was, 1° omdat de nu eischer zijn aveu niet als onsplitsbaar aveu in eersten aanleg had voorgedragen, 2° omdat de strijd tusschen de partijen wordt gevoerd *evenals* in eene procedure tot rekening en verantwoording en dus het debat niet moet loopen over het *saldo*, maar over elken post *afzonderlijk*, zoodat van elke beweerde, doch ontkende betaling bewijs mag worden gevorderd.

„Tegen die beslissing is als *middel* van cassatie aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1902 en 1961 B.-W., j° a° 48 B.-R., omdat voormelde gronden de splitsing van de bekentenis niet wettigen.

„Wat den eersten grond aangaat, er is geen wetsbepaling, die voorschrijft, dat een gedaagde zijne verklaring nopens eene vordering, als onsplitsbaar aveu *moet* voordragen; de regter is volkomen bevoegd a. 1961 toe te passen, al is daarop niet door de partij gewezen.

„Ten aanzien van den tweeden grond wordt door de nu verweerderesse aangevoerd: dat zij niet verpligt kon worden bewijs te leveren van de onbetwiste posten harer rekening-courant, en de eischer de door hem beweerde meerdere betaling had te bewijzen, volgens den regel *reus excipiendo fit actor;* daar voorts de regel van het onsplitsbaar aveu niet geldt, daar waar krachtens rekening-courant voldoening gevorderd wordt van op verschillende tijdstippen ontstane en verschillende handelingen betreffende obligo's.

„Maar ik vraag: waar staat dat zulks op den regel van a. 1961 B.-W. eene uitzondering maakt?

„Wat is de figuur van de zaak; een saldo wordt opgevorderd, op grond van verschillende voor de eischeresse ontvangen geldsommen; ten aanzien van eene dier bedragen,

erkent de gedaagde de ontvangst, maar voegt er aan toe, die som heb ik U betaald.

„De regtb miskent het beginsel van het onsplitsbaar aveu, want waarom zou het niet gelden daar waar het een onderdeel eener vordering raakt

„Er is hier geen sprake van eene vordering of onderdeel eener vordering, die door den eischer *reeds bewezen is*, en die met de exceptie „ik heb betaald" wordt begroet, dan moet de *reus* bewijzen.

„Hier daarentegen put de eischeresse haar bewijs uit het aveu van de tegenpartij; maar dan moet zij, omdat het een bewijs is, dat men geheel vrijwillig tegen zich zelven levert, het ook *of in zijn geheel aannemen of verwerpen;* doet zij het laatste, dan aan haar om te bewijzen, evenals hadde de gedaagde alles ontkend. Dat is het beginsel in a. 1961 B.-W. neergelegd en gehuldigd bij de onderscheidene arr^n^ van den H.-R. door den eischer in cassatie aangehaald (Léon ad art. 1961, n° 14).

„Er is hier zelfs geene sprake van erkenning van geheel op zich zelve en niet in onderling verband staande daadzaken; om tot het bewijs van het bedrag van het saldo te komen, werd de erkentenis van het bedrag der posten aangenomen, maar alleen met de clausule, die er aan was toegevoegd.

„Waarom zou de regel niet gelden, daar waar onderscheidene posten gezamenlijk worden opgevorderd? Geldt *dan* niet meer hetzelfde beginsel, dat de bekentenis als waar moet worden gehouden, niet alleen voor het gedeelte, dat de partij ten goede komt, maar in zijn geheel, tenzij de valschheid van een gedeelte wordt bewezen?

„Dit laatste is de volstrekt eenige uitzondering, die op dezen algemeenen regel bestaat, en waaraan er geene andere mogen worden toegevoegd, dus ook niet dat de geclausu-

leerde bekentenis slechts een onderdeel der vordering betreft.

„Ik meen daarom dat het *middel* gegrond en de uitspraak van den kntr. te Waalwijk juist is.

„Het incidenteel *middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 1435 en 1902 B.-W. 2, 3, 4 en 76—85 K., a. 585, 586 en 53 B.-R., doordien de regtb. het veroordeelend vonnis tegen den incidenteelen verw. niet heeft verklaard uitvoerbaar bij voorraad en bij lijfsdwang.

„De bewering, dat a. 1435 B.-W. niet van toepassing zou zijn, waar volgens de regtb. tot rekening en verantwoording is geageerd, mist zijn feitelijken grondslag, want de regtb. zegt, dat de strijd wordt gevoerd *evenals* in eene procedure tot rekening en verantwoording.

„Bovendien is niet aangetoond waarom in zoodanige procedure, die algemeene regel omtrent de voldoening van schulden zijne toepassing zou missen.

„Uit het sustenu van de incidentele eischeresse volgt juist, dat de regtb. teregt besliste, dat de partijen de betalingen *niet* op bepaalde posten imputeren, zoodat als gekweten moeten worden beschouwd de meest bezwarende, zijnde *alle handelsschulden*, die alleen bij lijfsdwang invorderbaar waren.

„Eindelijk doet niets af de bewering dat de privé schuld ouder was dan de handelsschuld, wijl zulks alleen van invloed is, wanneer de schulden van gelijken aard zijn.

„Ik acht het incidenteel *middel* ongegrond.

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R zal vernietigen het vonnis door de regtb. te 's Hertogenbosch tusschen partijen gewezen, en op nieuw regtdoende, zal bevestigen het vonnis van den kntr. te Waalwijk, met veroordeeling van de verliezende partij in de proceskosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„O, dat de eischer als *eenig middel* van cassatie heeft

voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1961 B-W. en van a 48 B.-R., doordien bij het beklaagde vonnis de bekentenis des eischers in cassatie te zijnen nadeele is gesplitst en is aangenomen dat de regel der onsplitsbaarheid *in casu* niet kan helpen, op de onjuiste en met de wet strijdige gronden: 1⁰ dat de geintimeerde zijne bewering in eersten aanleg niet als onsplitsbaar *aveu* heeft voorgedragen, alsof de regter niet zelf de wet zou moeten kennen en zich van de toepassing zou kunnen ontslaan, op grond dat eene der partijen op eenige wetsbepaling niet heeft gewezen; en 2⁰ op grond dat de strijd tusschen partijen gevoerd wordt evenals in eene procedure tot rekening en verantwoording, en dus het debat niet moest loopen over het saldo, maar over elken post afzonderlijk, zoodat van elke beweerde doch ontkende betaling bewijs mag worden gevorderd, alsof de regel van a. 1961 B.-W. niet algemeen geldt en zeer zeker toepasselijk is waar, gelijk *in casu*, voor en door den eischer als grondslag voor de berekening van een raauwelijks gevorderd saldo gestelde posten geen ander bewijs aanwezig is dan de bekentenis van den gedaagde, maar dan ook de aan die bekentenis toegevoegde bewering van betaling daarvan niet mag worden gesplitst;

„O., dat daarentegen door de verw^sse^ in cassatie als incidenteel *middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1435 en 1902 B.-W., 2, 3, 4 en 76 tot en met 85 K., 585, 586 en 53 B.-R., doordien de regtb. het veroordeelend vonnis tegen den incidenteel verw. niet heeft verklaard uitvoerbaar bij voorraad en bij lijfsdwang;

„O. ten aanzien van *het principale middel van cassatie*, dat bij het bestreden vonnis *in facto* is aangenomen dat de eischer in cassatie, toen geint., erkend heeft zeker saldo

schuldig te zijn, waarvan echter *ƒ* 38.— moest worden afgetrokken, omdat hij die reeds aan de verw^sse^, toen appellante, had betaald;

„O., dat de regtb. gemeend heeft dat op die erkentenis de regel der onsplitsbaarheid niet toepasselijk was: 1° omdat hij zijne verwering in eersten aanleg niet als onsplitsbaar *aveu* heeft voorgedragen, en 2° omdat de strijd tusschen partijen gevoerd wordt als een procedure tot rekening en verantwoording;

„O., dat echter beide die gronden zijn onjuist;

„dat toch, wat den eersten grond aangaat, nergens is bepaald dat de regel van a. 1961 alleen toepasselijk zou zijn indien de erkennende partij zich op dien regel uitdrukkelijk beroept, terwijl integendeel a. 1961 duidelijk een verbod inhoudt aan den regter om te splitsen, hetgeen hem alleen dan, wanneer de valschheid der bijvoeging bewezen wordt, veroorloofd wordt;

„O. wat aangaat den tweeden grond, dat, daargelaten of hier al of niet geprocedeerd is als in eene procedure tot rekening en verantwoording, ook al ware zulks het geval, nog geen enkele reden bestaat om eene uitzondering op den regel van a. 1961 B.-W., die door de wet niet is gemaakt, toe te laten;

„O., dat het *middel* derhalve is gegrond;

„O., ten aanzien van het *incidenteel middel* van cassatie, dat dit *middel* steunt op de bewering, dat a. 1435 niet zoude zijn toepasselijk in eene procedure tot rekening en verantwoording;

„dat echter die bewering in de eerste plaats haren feitelijken grondslag mist; dat de regtb. wel aanneemt dat hier geprocedeerd wordt *evenals* in eene procedure tot rekening en verantwoording, maar niet dat hier zoodanige procedure wordt gevoerd, en in de tweede plaats, al ware

zij *in facto* juist, dan nog nergens is bepaald dat de regel van a. 1435 in geval van eene procedure tot rekening en verantwoording niet zoude zijn toepasselijk;

„O., dat het *incidenteel middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„O. dat echter, vermits het *principaal middel* van cassatie is gegrond, het bestreden vonnis behoort te worden vernietigd:

„Vernietigt het op 25 Febr. 1887 tusschen partijen gewezen vonnis van de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch;

„En op nieuw regtdoende op het appèl en het incidenteel appèl:

„O., dat de kntr teregt heeft geoordeeld dat de vordering alleen kon worden toegewezen voor zoover die door de ged. was erkend, en tevens dat die ged., die tot betaling van het door hem verschuldigde werd veroordeeld en niets had aangeboden, in de kosten van het proces moest worden veroordeeld;

„Bevestigt het vonnis van het kngt te Waalwijk, op 22 Jan. 1886 tusschen partijen gewezen;

„Veroordeelt de verw[sse] in de kosten van hooger beroep en in cassatie."

N°. 3020. — Beschikking van 20 April 1888.

(A. 412 B.-W.; — A. 99 R.-O.)

Veronderstelt de magt in a. 412 *B.-W. aan den kntr toegekend om eene testamentaire voogdbenoeming te bekrachtigen, de bevoegdheid om die bekrachtiging te weigeren, indien de kntr meenen mogt, dat de benoeming niet is in het belang van den minderjarige?* — JA.

Is de door den kntr. geweigerde bekrachtiging eener testamentaire voogdbenoeming en de daaropvolgende benoeming door den kntr een vonnis? — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. GREGORY, namens den Proc.-G., de volgende conclusie overgelegd:

„De Proc.-G. bij den H.-R. der Ned.;

„Gezien het (natenoemen) verzoekschrift, alsmede het daartegen ingediende antidotale request;

„O. omtrent het *eerste middel:*

„dat dienaangaande bij het antidotale request wordt beweerd, dat het zou zijn niet-ontvankelijk op grond van het laatste lid van a. 99 R.-O.;

„dat echter deze bepaling alleen betrekking heeft op *vonnissen* en niet op *beschikkingen*, zoodat het *middel* is ont vankelijk;

„dat evenwel het *middel* is ongegrond vooreerst omdat de magt tot bekrachtiging veronderstelt de bevoegdheid, ja zelfs de verpligting om in sommige gevallen niet te bekrachtigen, en ten andere deze magt den kntr is gegeven om te waken tegen verwaarloozing der belangen van de kinderen uit het eerste huwelijk;

„O omtrent het *tweede middel:*

„dat ook dit *middel* om gemelde reden is ontvankelijk; dat het echter mede is ongegrond; dat toch, wat het eerste gedeelte daarvan betreft, ten deze van geen *grosse* sprake is, en wat het tweede gedeelte aangaat, vooreerst het *middel* geen aanhaling bevat van het a. der wet, waarbij nietigheid is bedreigd, en ten anderen hier niet van een *vonnis*, maar van eene *beschikking* de rede is;

„Concludeert tot verwerping der voorziening."

BESCHIKKING. — De H.-R der Ned enz.

„Gezien het (natenoemen) verzoekschrift en het daartegen ingediende antidotale request.

„Gezien de daarop gestelde conclusie van den Proc.-G., strekkende enz.;

„O., dat bij eerstgemeld request zijn voorgesteld *twee middelen* van cassatie tegen de beschikking van den kntr te Schoonhoven van 21 Dec. 1887, waarbij de bekrachti-

ging van de testamentaire benoeming van den req. tot voogd over de minderjarige kinderen van requestrants overleden echtgenoote F. A., eerder weduwe van G. B., is geweigerd, luidende het *eerste middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 412 en 409 B.-W., doordien de kntr de bekrachtiging van de testamentaire benoeming van den requestrant tot voogd heeft geweigerd; en het *tweede middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 430 en 62, n° 2, B.-R. doordien 1° de beklaagde beschikking van den kntr te Schoonhoven van 21 Dec. 1887 niet aan het hoofd voert de woorden: „In naam des Konings!" en 2° doordien uit de hierbij overgelegde expeditie dier beschikking niet blijkt, dat zij in het openbaar is uitgesproken;

„O., dat bij het antidotaal request is beweerd, dat deze voorziening zoude zijn niet-ontvankelijk, omdat de voorziening in cassatie tegen beschikkingen van den kntr in het hoogste ressort alleen zoude zijn ontvankelijk wegens een der vier gronden in a. 99 R O. genoemd;

„O. echter, dat a. 99 alleen is toepasselijk op vonnissen, en hier van geen vonnis sprake is, zoodat de voorziening is ontvankelijk;

„O. ten aanzien van het *eerste middel* van cassatie, dat het *middel* is ongegrond, omdat de magt in a. 412 B.-W. aan den kntr toegekend om eene testamentaire benoeming te bekrachtigen vooronderstelt de bevoegdheid om die bekrachtiging te weigeren, indien hij meenen mogt dat de benoeming niet is in het belang der minderjarigen;

„O. ten aanzien van het *tweede middel* van cassatie, dat ook dit *middel* is ongegrond, omdat hier geen sprake is van een vonnis, maar van eene geweigerde bekrachtiging van eene testamentaire benoeming, en daarop gevolgde

voogdbenoeming, waarop de als geschonden aangehaalde a. niet zijn toepasselijk;

„Verwerpt de voorziening."

N⁰ 3021 — Arr. van 26 April 1888.

(A. 169 B.-W. j° a° 798 B.-R.)

Behoeft de vrouw, in geval van strijd tusschen haar belang en dat van haren man, met het oog op a. 169 *B-W.*, *'s regters voorafgaande magtiging tot het verschijnen in regten ook dan wanneer de man haar zijne magtiging wil verleenen, immers door woord en daad daarvan blijk geeft?* — NEEN.

Moet a. 798 *B.-R. ten deze tot eene andere beslissing leiden?* — NEEN.

Kan de man de hier bedoelde toestemming ook stilzwijgend verleenen? — JA.

Moet het feit dat de man niet heeft tegengesproken het door de vrouw gedaan verzoek om gratis te procederen, als zoodanige toestemming beschouwd worden? — JA.

Ten verzoeke van J. B. H., wachtmeester der maréchaussée, wonende te Asten, vertegenwoordigd in de tegenwoordige procedure in cassatie, is voor den H.-R. gedagvaard, zijn van tafel en bed gescheiden echtgenoote M. W. de H. en haar daarbij te kennen gegeven dat hij cassatie-beroep doende van het tusschen partijen gewezen arr. van het geregtshof te 's Hertogenbosch van 6 Dec. 1887, als *middel* van cassatie tegen dat arr. zou aanvoeren: schending en verkeerde toepassing der a. 165, 166, 2°, 168 en 169 B.-W., 798, 799 en 800, 159, 160, 161, 247, 248 en 249 B.-R., door te beslissen dat, waar, zooals feitelijk *in casu* vaststaat, een tegenstrijdig belang tusschen echtgenooten bestaat, immers, waar tegen den man door de vrouw is ingesteld eene actie tot onderhoud, de door de wet voor dat geval uitdrukkelijk voorgeschreven magtiging des kntrs voor de vrouw om in regten te verschijnen, kan worden vervangen

hetzij door eene uitdrukkelijke of stilzwijgende magtiging des mans — des neen — hetzij door eene magtiging door een anderen regter dan den kntr. verleend; strekkende de dagvaarding wijders op grond van het vorenstaande voormeld arr te hooren vernietigen en uitspraak te hooren doen ten principale, de verw^sse^, oorspronkelijk eisch^sse^, niet ontvankelijk te hooren verklaren in hare vordering, met hare veroordeeling in de kosten van drie instantiën, die van de arr.-regtb. te Roermond, die van het geregtshof te 's Hertogenbosch en die van cassatie.

Bij conclusie van antwoord heeft de verw^sse^ in cassatie, vertegenwoordigd door den adv. Mr. C. J. François, daartegen het volgende in het midden gebragt:

„A. de eischer ten onregte beweert dat bij het bestreden arr. zou zijn beslist, dat de magtiging bedoeld bij a. 798 B.-R. door een anderen regter dan door den kntr. zoude kunnen worden verleend;

„A. deze stelling noch uitdrukkelijk noch *implicite* bij het arr. is gehuldigd, maar het Hof heeft overwogen, dat de bij de a. 165 B.-W. en 798 B.-R. bedoelde magtiging is eene toestemming, die ook stilzwijgend door daden en houding kan worden gegeven;

„A al moge, in gevallen waar de vrouw *tegen derden* in regten optreedt, het al dan niet bestaan eener magtiging van zijde van den man, van openbare orde kunnen worden geacht, zoodat, wanneer de wederpartij zich niet beroept op het gemis dier magtiging, de regter ambtshalve op dat gemis behoort te letten, zulks niet het geval is waar de vrouw *tegen haren man* in regten optreedt, omdat in dit laatste geval, wanneer de man door daden en houding te kennen geeft, dat hij zijne vrouw magtigt, geen grond aanwezig is om naast de gebleken wilsverklaring van den man nog eene regterlijke magtiging te vorderen;

„A. het Hof het bestaan dier toestemming heeft afgeleid uit de houding van den eischer in eersten aanleg en het feit, dat eerst in hooger beroep door hem is opgeworpen het gemis eener magtiging van den kntr;

„A. deze laatste appreciatie is van feitelijken aard;

„Zoo concludeert de ondergeteekende, advocaat van de verwsse in cassatie, dat het den H.-R. moge behagen, met verwerping van het aangevallen *middel* het arr., waartegen de voorziening is gerigt te bevestigen, met veroordeeling van den eischer in de kosten der voorziening in cassatie."

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„Als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 165, 166, 2°, 168 en 169 B.-W. 798, 799 en 800, 159, 160, 161, 247, 248 en 249 B.-R., door te beslissen dat — waar, zooals feitelijk *in casu* vaststaat — een tegenstrijdig belang tusschen echtgenooten bestaat, immers, waar tegen den man door de vrouw is ingesteld eene actie tot onderhoud, de door de wet voor dat geval uitdrukkelijk voorgeschreven magtiging des kntrs voor de vrouw om in regten te verschijnen, kan worden vervangen, hetzij door eene uitdrukkelijke of stilzwijgende magtigings des mans, — des neen — hetzij door eene magtiging door eenen anderen regter dan den kntr verleend.

„De eischer in cassatie heeft het slot van het *middel* overbodig geoordeeld en dit kan dus buiten beschouwing blijven.

„De gescheiden huisvrouw van den eischer in cassatie heeft hem gedagvaard om haar levensonderhoud te verstrekken; zij bezat geene magtiging van den kntr om tegen haren man te procederen, daarvan werd in eersten aanleg geen middel gemaakt, en in beide instantiën werd het verzoek om gratis te procederen niet tegengesproken; uit

die omstandigheden maakte het Hof op, dat de man door daden en houding stilzwijgend de vereischte autorisatie om in regten op te treden aan zijne vrouw heeft verleend, zoodat het in appel voor het eerst opgeworpen *middel* van nietontvankelijkheid niet kan opgaan.

„De beslissing dat er stilzwijgende toestemming was, is *facti*; en de vraag is dus, kan deze voldoende worden geacht?

„Met het Hof meen ik die vraag bevestigend te mogen beantwoorden, omdat nu in a. 168 B.-W. in het hoogst gewigtig geval van het optreden eener gehuwde vrouw als koopvrouw stilzwijgende toestemming van den man voldoende wordt geacht, *a fortiori* eene tacite autorisatie voldoende is, waar zij tegenover hem in den geregte staat en hij hare bevoegdheid daartoe niet heeft betwist.

„In het algemeen wordt aangenomen, dat de man, die zijne vrouw in regten betrekt, haar daardoor stilzwijgend magtigt harerzijds op te treden, om zich te verdedigen.

„Mij komt het voor, dat hetzelfde waar is, indien de vrouw eischeresse is en het gemis van magtiging niet wordt tegengeworpen. Maar die meening wordt niet gedeeld door LAURENT en door het Hof van cassatie op grond, *que le mari qui conteste la demande, ne la trouve pas fondée; ce qui implique, que si la femme s'était adressée au mari, il aurait refusé l'autorisation.*

„Die gevolgtrekking steunt op geen grond; is het volstrekt zeker, dat de vrouw, die een verschil over zeker punt b. v. der gemeenschap, uitgemaakt wil hebben, den man door haren raadsman niet de overtuiging kan doen geven, dat het beter is die quaestie door den regter te doen beslissen en dat de man daarop zijne toestemming geeft al oordeelt hij de vordering ongegrond. Er wordt hier niet onderscheiden tusschen de gegrondheid en de ontvankelijkheid der vordering

„Niet opgeworpen is echter de vraag, of de beweerde niet-ontvankelijkheid niet gedekt is, doordien ze voor het eerst in appel is voorgesteld; ik voor mij zou meenen, dat die vraag bevestigend moest worden beantwoord.

„Het *middel* nu beweegt zich vooral om deze hoofdvraag; of de man bevoegd is zijne vrouw uitdrukkelijk of stilzwijgend te magtigen, en de eischer beantwoordt die vraag ontkennend. Op uitstekende wijze heeft de Raadsman van den eischer dat *middel* toegelicht, en toch kan ik mij er niet mede vereenigen.

„Zijne ontkennende beantwoording der vraag berust op de stelling, dat de Nederlandsche wetgever door in a. 169 B.-W. en 798 B.-R. de bijvoeging: „of een tegenstrijdig belang heeft'' welke niet voorkwam in a. 222 *C. C.* en a. 863 *C. de Proc.* een van het Fransche stelsel afwijkend systema heeft willen in het leven roepen, krachtens hetwelk de vrouw, indien zij bij een geding een met den man tegenstrijdig belang heeft, altijd tot het voeren daarvan de autorisatie van den regter behoeft.

„Hij grondt zijne meening vooreerst daarop, dat als men dit niet aanneemt die bijvoeging geheel doelloos zou zijn, want *bij weigering* van den man, kan de vrouw altijd recurreren tot a. 167 B.-W. en 799 B.-R., — en in geval van diens *toestemming* is de bijvoeging omtrent strijdig belang overbodig

„Volgens Asser (§ 96) was het doel aan die bepaling een min *beperkte* strekking te geven.

„De wetgever wilde eenvoudig dat de vrouw niet gedwongen werd, *per se* de autorisatie van den man te vragen, zich aan diens weigering bloot te stellen, en eerst dan tot den regter te gaan; hij wilde de bepaling ruimer maken, door aan de vrouw vrij te laten haar man in dat cas, waarin eene weigering meestal zou volgen, voorbij te gaan; hij

wilde daardoor de procedure vereenvoudigen, en de man niet meer doen oproepen, (a. 799 B.-R.), waar de reden voor zijne weigering notoir was.

„De tweede grond is deze, dat a. 167 en 169 B.-W. van een verschillend stelsel uitgaan, het eerste dat de man wel *kan*, maar niet *wil* magtigen, het tweede dat de man niet *kan* magtigen, waarmede het geval van tegenstrijdig belang wordt gelijk gesteld.

„Maar die gelijkstelling is nergens als de bedoeling van den wetgever voorgesteld; er is alleen dit veranderd, dat aan het verkrijgen van de regterlijke magtiging niet altijd eene weigering van den man vooraf moet gaan, niet, dat hij tot magtiging niet meer bevoegd zou zijn.

„In de derde plaats is gezegd, dat de verpligte magtiging door den regter volgt uit het imperatief voorschrift van a. 798 B.-R., dat de vrouw die magtiging *moet* vragen.

„Dit voorschrift heeft niet de strekking om eene verpligting te creëren, maar is op te vatten als een eenvoudig voorschrift van procedure, gelijk het dan ook niet in a 169 B.-W. voorkomt.

„Voorts zegt het: „de vrouw die magtiging noodig heeft," maar het is juist de vraag, of ze die noodig heeft, als de man haar gegeven heeft.

„Eindelijk omdat bij het aannemen eener tegenovergestelde meening het antwoord der Regering (Voorduin III ad 169, *sub* II, bl. 288) onzin wordt. *Ces mots*, zeide de Regering („of een tegenstrijdig belang heeft") *ont été ajoutés pour compléter la législation actuelle*, *l'on ne voit point que l'article* 219 *C.-C. cité soit applicable ici*, *et puisse suppléer la disposition*. Daaruit volgt wel, dat de wetgever de vrouw de bevoegdheid gaf om regtstreeks van den regter de magtiging te vragen, dat hij wel *aanvulling* der wet wilde

maar geen beperking van de maritale magt. En die wil mag bij den wetgever niet worden ondersteld, maar moet wel ten allerduidelijkste blijken; dan moest het nieuwe systeem pertinent uit de woorden der wet, of althans uit de beraadslagingen blijken, omdat het eene uitzondering zou zijn op den algemeenen regel omtrent de maritale magt in a. 165 B.-W. neergelegd; a. 167 en 169 B-W. laten wel eene magtiging van den regter toe, maar bepalen niet dat de man in die gevallen geene geldige toestemming geven kan. Er bestaat ook geen reden voor om den man die bevoegdheid te ontzeggen, want het kan alleen voor hem gevolgen hebben.

„De wetgever heeft niet gewild, dat van den man gevergd werd het afgeven eener autorisatie, welke met zijn belang stellig strijdige gevolgen zou hebben, en dat hij dan over die weigering nog door den regter zou moeten worden gehoord. De wet stelt het tegenstrijdig belang niet voor als verhindering, maar stelt het er mede gelijk, indien de vrouw zich tot den regter keert. Dit laatste zal wel de regel zijn, maar is nergens gebiedend voorgeschreven.

„Al verder is nog aangevoerd, dat de magtiging des mans altijd eene speciale is en zoo al geldig voor den eersten aanleg, niet van kracht zou zijn voor het appèl.

„Mij komt dit feitelijk onjuist voor, omdat het Hof de stilzwijgende toestemming afleidt uit het niet doen van tegenspraak door den man op het verzoek om admissie gratis *in hooger beroep*.

„Bovendien kan ik de stelling niet toegeven, dat de vrouw eenmaal bevoegd gemaakt in zekere bepaaldelijk aangeduide regtspraak op te treden, de zaak niet in appèl en cassatie zou mogen vervolgen, zonder nieuwe toestem-

ming. Op eene deswege tot de Regering gerigte vraag, antwoordde deze: „dat het in den aard der zaak ligt dat de vrouw gemagtigd wordt om haar regt in alle instantiën te vervolgen. (v. d. Hon., *Handb. v. B.-R.*, § 800, bl. 731).

„Dat beslist m. o. de quaestie *in terminis*, al zijn Laurent (Dl. III, n⁰ 149, p. 187) en het Hof van cassatie van eene andere meening.

„Ten slotte is nog aangevoerd, dat uit het niet tegen-spreken der gratis-admissie, ten onregte het gevolg is getrokken, dat tot procederen magtiging werd verleend, vermits de bijzondere procedure over die admissie alleen betreft de betaling van regten en kosten.

„Ook dat komt mij minder juist voor, vermits volgens a. 861 en volgg. B.-R. het onderzoek zich bij de admissie niet beperkt tot de vraag, of het onvermogen genoegzaam blijkt, maar ook of de regter reeds bij voorraad bevindt dat de voorgenomen vordering klaarblijkelijk van allen grond ontbloot is, en dat is zeker ook het geval waar zich voordoet een ontwijfelbaar middel van niet-ontvankelijkheid, hetwelk zelfs het aanvangen der procedure geheel nutteloos maakt.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de proceskosten.

„De uiteenloopende meeningen over deze quaestie worden gevonden bij Diephuis, *Systeem* Dl. 4, bl 206; Laurent III, § 134, bl. 172; *Bijblad* Dl. 11 jaarg 1849, bl. 263, Dl. 8, bl. 575 jaarg. 1846; Arr. 's Bosch 1 Mrt 1881, *Weekblad* n⁰ 4627, *Regtspr.* Dl. 7, bl. 231; Dl. 9 bl. 305; Dalloz, *in voce* Mariage n⁰ 834; Demolombe Dl. 4, n⁰ 138, bl. 271; *Vernède en Martini* ad a. 800, *Regtsvord.*; Oudeman, *Regtsvord.* III bl. 196 en 200; v. d. Hoeven, *Bijblad* 1851, bl. 630; Diephuis, *Burg. Regt* I, n⁰ 753, bl. 377; Laurent III n⁰ 125,

bl. 162 en 163; Regtb. Amsterdam 28 October 1852, *Weekblad* 1432."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 165, 166, 2°, 168 en 169 B.-W., 798, 799, 800, 159, 160, 161, 247, 248 en 249 B.-R., door te beslissen dat, waar — zooals feitelijk *in casu* vaststaat — een tegenstrijdig belang tusschen echtgenooten bestaat, immers waar tegen den man door de vrouw is ingesteld eene actie tot onderhoud, de door de wet voor dat geval uitdrukkelijk voorgeschreven magtiging des kntrs voor de vrouw om in regten te verschijnen, kan worden vervangen, hetzij door eene uitdrukkelijke of stilzwijgende magtiging des mans — des neen — hetzij door eene magtiging door een anderen regter dan den kntr verleend;

„O., dat het laatst gedeelte van dit *middel*, betreffende de magtiging van een anderen regter dan den kntr, door den eischer niet is volgehouden en daaromtrent dan ook in het bestreden arr. niets voorkomt;

„O., dat de eischer door de verw^sse^, zijne van tafel en bed gescheiden echtgenoote, tot het verstrekken van levensonderhoud in regten geroepen en in eerster instantie daartoe veroordeeld, in hooger beroep die vordering, als niet-ontvankelijk heeft bestreden, uithoofde verw^sse^ tot het instellen daarvan door den kntr niet was gemagtigd; dat bij het aangevallen arr. echter dit *middel* is verworpen op grond dat de, volgens a. 165 en volg. B.-W. voor de vrouw vereischte magtiging of toestemming van den man om in regten te kunnen optreden, behalve door schrift en woorden, ook stilzwijgend door daden en houding kan worden gegeven, en dat de eischer zulks heeft gedaan, door gedurende de geheele eerste instantie tegen de verw^sse^ te procederen en haar in beide instantiën verlof om kosteloos

tegen hem proces te voeren, te laten verkrijgen, zonder ooit gemis van die toestemming van hem of van den regter tegen te werpen;

„O. dat, nu hierdoor feitelijk vaststaat dat de eischer zijne vrouw stilzwijgend heeft gemagtigd om in regten op te treden, naar aanleiding van het *middel* valt te onderzoeken of die magtiging naar den eisch der wet voldoende is;

„O., dat de eischer ter bestrijding daarvan, zich beroept op de woorden van a. 169 B.-W.: „*of een tegenstrijdig belang heeft*," waaruit, naar zijne meening, zou volgen dat, waar zoodanig belang bestaat, en dus *in casu*, de vrouw altijd, met uitsluiting van den man, door den regter moet worden gemagtigd;

„O dat die opvatting echter geen genoegzamen steun vindt in de wet; — dat toch de vermelding van een tegenstrijdig belang in genoemd a., als een van de gevallen waarin de vrouw magtiging van den regter mag vragen, nog geenszins medebrengt, dat zij dit ook zou moeten doen wanneer de man haar zijne magtiging wil verleenen, immers door woord of daad daarvan blijk geeft;

„O., dat er geene aannemelijke reden is, waarom in zoodanig geval de man van het geven zijner magtiging zou worden uitgesloten;

„O., dat dan ook de geschiedenis van a. 169 aantoont, dat het a. met die woorden: „*tegenstrijdig belang*" alleen aangevuld is om, evenals in de andere daar genoemde gevallen, mede in het geval dat er een tegenstrijdig belang bestaat, en wel zonder dat dan eene weigering van den man noodig is, aan de vrouw bevoegdheid te geven de vereischte magtiging van den regter te vragen, maar daaruit niet blijkt van eene bedoeling om haar in zoodanig geval daartoe te verpligten, zelfs als dat door de

toestemming van den man ten eenenmale noodeloos zijn mogt;

„O. dat zulks, waar dit uit a. 169 B.-W. niet volgt, evenmin uit a. 798 B.-R. valt af te leiden, welk voorschrift ook alleen te pas komt als de vrouw de bedoelde magtiging noodig heeft;

„O. wat de verdere beweringen van het *middel* aangaat, dat al kon eene in eersten aanleg verleende toestemming of magtiging voor volgende instantiën niet in aanmerking komen, die bewering hier geen toepassing vindt waar het Hof die toestemming grondt ook op het niet doen van tegenspraak door den eischer van het door de verwsse in *hooger beroep* gedaan verzoek om gratis te procedeeren; en voorts, dat het Hof volkomen bevoegd was het niet tegenspreken van zoodanig verzoek tot grondslag te leggen van zijn beslissing, omdat, al heeft dat verzoek alleen het verkrijgen van kostelooze toelating ten doel, die toelating niet wordt verleend zonder onderzoek van den aard en de strekking der vordering zelve en van hetgeen daartegen, zoo wat de ontvankelijkheid als wat de gegrondheid betreft, heeft kunnen aangevoerd worden;

„O., dat mitsdien het Hof de stilzwijgende toestemming des eischers *in casu* teregt heeft beschouwd, als de door de wet vereischte magtiging der verwsse om in regten tegen hem op te treden te bevatten, en, door die beslissing geen der bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen geschonden of verkeerd toegepast heeft;

„O., dat het *middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Compenseert de kosten in cassatie gevallen."

N°. 3022 — Arrest van 26 April 1888.

(A. 8 van het Reglement van bestuur over het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht van 1849. — A. 523 B.-W.)

Moet aan a. 8 *van het Reglement van bestuur over het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht van* 1849 *volkomen dezelfde bindende kracht worden toegekend als aan de overige bepalingen van dit reglement?* — JA.

Heeft de uitdrukking „wettig zaamgeroepenene vergadering" in gemeld a. 8, *op het oog zoodanige oproeping als a.* 523 *B.-W. met de benaming „openbare dagvaarding" aanduidt, dan wel alleen eene behoorlijke, voldoende bekendmaking?* — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

De Proc.-G. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„*Het Hervormd Bestedelingenhuis te Dordrecht* heeft van den Staat te vorderen de op 1 Julij 1887 verschenen rente ad *f* 2181.25 van een kapitaal groot *f* 174.500, ingeschreven op het Grootboek der nationale schuld, ten name van voormeld Bestedelingenhuis. De Staat weigert niet die rente te betalen, maar acht zich verpligt daarmee te wachten totdat de regter zal hebben uitgemaakt wie van de beide tegen den Staat als eischers van dat rentebedrag optredende partijen bevoegd is dit te vorderen; of dit is het Bestedelingenhuis vertegenwoordigd door de Heeren R. c s., als regenten (eischers bij exploit van 5 Aug. 1887), of van het Bestedelingenhuis vertegenwoordigd door de Heeren S. c. s. (eischers bij exploit van 29 Sept. 1887) (*),

„Dat het Bestedelingenhuis is eene *Stichting*, daarover zijn partijen het eens; maar terwijl de Heeren R c. s. volhouden, dat zij, als benoemd overeenkomstig de op 22 Apr 1885 gewijzigde grondbepalingen der Instelling, wettiglijk

(*) Bij arr. van 28 Oct. 1887 zijn de twee zaken gevoegd om als éene behandeld te worden.

als college van regenten bestaan en handelen kunnen, beweren de Heeren S. c. s. dat zij, en niet de Heeren R. c. s. bevoegd zijn als regenten van het Bestedelingenhuis op te treden, omdat zij benoemd zijn overeenkomstig de grondbepalingen der Stichting, zooals deze, ontworpen door de commissie tot oprigting van het Bestedelingenhuis, op eene algemeene vergadering van contribuanten tot genoemde inrigting op 28 Junij 1849 zijn goedgekeurd en vastgesteld

„Dat de Heeren S c. s. zijn benoemd door de autoriteit aangewezen en op de wijze voorgeschreven bij de grondbepalingen, aangenomen 28 Junij 1849, kan als ten processe vaststaande worden aangemerkt; want wel is door de partij R c. s bij de conclusie beweerd, dat de Heeren S c. s., ook volgens die oude grondbepalingen, een onwettig zamenstel uitmaken, vermits hunne vier niet-diaken-regenten zijn benoemd *zonder voorafgegane voordragt van het College van regenten*, maar bij pleidooi is daarop niet alleen niet aangedrongen, maar heeft zelfs de Procureur der partij R. c. s. erkend, dat, beschouwd in het licht der oude grondbepalingen van 28 Junij 1849, de benoeming van de Heeren S. c. s. correct is, wat overigens ook na de productie van de partij S. c. s. niet meer kan worden ontkend Ook is het buiten contest, dat de Heeren R. c s. zijn benoemd door het kiescollege; aangewezen, en op de wijze bepaald bij de op 22 Apr. 1885 gewijzigde grondbepalingen. En nu is wel is waar voor de partij S. c. s beweerd, dat, al ware die benoeming wettig, dan toch de Heeren R. c. s. '*zonder de door den Kerkeraad benoemde diaken-regenten* niet als *„de regenten" van het Bestedelingenhuis kunnen optreden*, maar dat bezwaar, dat middel van niet-ontvankelijkheid, indien het al door deze partij, en *bij pleidooi* kan worden voorgesteld, wat mij niet waarschijnlijk voorkomt, vindt zijne wederlegging in den door de partij R. c. s. geproduceerden brief van den Kerkeraad

van 25 Junij 1885, waaruit blijkt, dat de Kerkeraad geweigerd heeft over te gaan tot de benoeming van *diaken-regenten* in het college van regenten, dat overeenkomstig de nieuwe grondbepalingen zou worden geconstitueerd, zoodat de diaken-regenten in de dagvaarding en conclusie van de partij S. genoemd niet zijn benoemd tot leden van het nieuwe college, maar van het college, waarin zij in dit geding optreden, van een college van regenten, dat zamengesteld is en beweert wettig zamengesteld te zijn op den voet van de grondbepalingen van 28 Junij 1849.

„Maar het is de vraag, of die oude grondbepalingen regtens kunnen geacht worden in 1885 te zijn gewijzigd in dier voege als door de partij R. c. s. wordt beweerd?

„Het wordingsproces dezer Stichting is te vinden in de door de partij R c. s. geproduceerde notulen van de vergaderingen der Commissie tot oprigting van het Bestedelingenhuis en van de contribuanten daartoe. En nu is de bewering van de partij S. c. s. dat uit het in die notulen betrekkelijk de op 28 Junij 1849 gehouden vergadering van contribuanten opgeteekende blijkt, dat in die vergadering de Stichting „*het Hervormde Bestedelingenhuis*" een zelfstandig bestaan heeft gekregen, geheel afgescheiden van degenen die haar hebben opgerigt, contribuanten dus niet bevoegd waren later wijzigingen in de ter vergadering van 28 Junij 1849 vastgestelde grondbepalingen te brengen, dus ook niet te maken de bijvoeging, die in de vergadering van contribuanten van 4 Julij 1849, op voorstel van den Heer R. is aangenomen, houdende dat op eene bepaaldelijk daartoe wettig zamengeroepen vergadering met eene meerderheid van twee derden der aanwezige stemmen (namelijk van contribuanten, want dat is blijkbaar de bedoeling) verandering in de statuten zal kunnen worden gemaakt.

„Ik kan mij met die opvatting niet vereenigen.

„In de vergadering van contribuanten van 28 Junij 1849 zijn zeven artikelen aangenomen als *grondbepalingen voor het reglement van het bestuur over het Hervormde Bestedelingenhuis*, grondbepalingen die, met de op 4 Julij 1849 daaraan gemaakte toevoeging, zijn opgenomen in de notulen van 12 Nov. 1850. Daardoor was echter de oprigting der Stichting niet voltooid. Want een Bestuur, waardoor het Bestedelingenhuis als regtspersoon zou kunnen optreden, *bestond* daardoor nog niet, en zelfs was er in de aangenomen grondbepalingen niets te vinden omtrent de wijze waarop tot eene eerste zamenstelling van een zoodanig bestuur zou moeten worden gekomen, vermits al neemt men aan, dat de grondbepalingen wel den weg aanwezen voor de eerste benoeming van *Diaken-regenten*, die grondbepalingen zeer zeker niets inhielden omtrent de wijze waarop voor het eerst de vier nietdiaken-regenten die met de drie diaken-regenten het college van regenten zouden uitmaken, zouden moeten worden benoemd. En nu hebben contribuanten in diezelfde vergadering wel getracht daarin te voorzien door hunne stem op een viertal personen voor de betrekking van regent uit te brengen, maar de commissie, die tot dusverre als lasthebster van contribuanten was opgetreden, is toen niet ontslagen, en de vier benoemden hebben de opdragt niet aanvaard. Van een onafhankelijk van hare oprigters onder een bepaald bestuur bestaan van de Stichting kon dus op 28 Junij 1849 nog geen kwestie zijn. Eene nieuwe bijeenkomst van contribuanten was dan ook noodzakelijk, en deze had zes dagen later, 4 Julij 1849, plaats. Maar nu werden geene regenten benoemd, maar werd met algemeene stemmen besloten voor één jaar aan de commissie (dus aan de lasthebster van contribuanten) het in werking brengen en het bestuur van het bestedelingenhuis op te dragen, met last om, na verloop van dat jaar, berigt uit te brengen om-

trent de werking en doelmatigheid der aangenomen statuten of grondslagen, ten einde door de commissie zelve, zoo zij zulks noodig mogt oordeelen, daarin wijzigingen zouden worden voorgesteld, en aan de leden gelegenheid zou worden gegeven daartoe voorstellen te doen, terwijl voorts in diezelfde vergadering, op voorstel van den Heer R., de bepaling werd aangenomen, welker strekking ik zoo even heb medegedeeld.

„Die bepaling is dus niet vastgesteld toen de Stichting, het Hervormde Bestedelingenhuis, onder haar eigen bestuur, reeds onafhankelijk van hare oprigters bestond, maar toen zij nog in hare wordingsperiode verkeerde, die bepaling behoort dus, niet minder dan het in de vergadering van 28 Junij 1849 aangenomene, tot de constitutieve bepalingen, waaronder de Stichting door contribuanten is opgerigt en hare geldigheid wordt dus ten onregte betwist.

„Maar verondersteld, zoo pleitte de geachte Raadsman van de partij S. c. s., dat die bepaling geldig is en, waar veertig jaren later veel contribuanten waren gestorven, nog van toepassing kon zijn, dan nog zouden ± 5% van de oorspronkelijke contribuanten, die in Febr. 1885 per brief zijn zamengeroepen, niet bevoegd zijn geweest om ook voor de 95% overigen te beslissen, want eene oproeping in de *Dordtsche Courant*, meende de pleiter, zal toch wel niet gelden voor een *publieke citatie.* Ook dat is, dunkt mij, niet juist.

„Dat het regt aan contribuanten bij de bedoelde bepaling voorbehouden zou vervallen door het overlijden van een of meer hunner, wordt in die bepaling niet gezegd en kan ook, met het oog op het groote getal van contribuanten (de rekening en verantwoording, die in het proces is, wijst er ruim 400 aan) niet wel geacht worden in de bedoeling gelegen te hebben. Eene in letterlijken zin *wettelijke* oproeping van contribuanten kan niet zijn gewild,

omdat voor eene oproeping van belang- of regthebbenden in eene materie als deze geene *wettelijke* voorschriften bestaan, ook de aangenomen grondbepalingen omtrent de wijze van oproeping niets voorschrijven, en eene openbare dagvaarding hier, waar het niet gold eene oproeping voor den regter, zeker niet te pas kwam. Men nam dan ook in 1849 genoegen met oproeping in de courant, zoodat wel mag worden aangenomen, dat met de *wettelijke oproeping* in de kwestieuse bepaling eene *behoorlijke*, *voldoende* oproeping is bedoeld. En eene zoodanige kan niet geacht worden hier te hebben ontbroken, vermits uit de overgelegde presentielijsten blijkt, wat de partij S. c. s. dan ook niet schijnt te willen ontkennen, dat zestig contribuanten bij brief zijn opgeroepen, en bovendien voor hen, die geene zoodanige aanschrijving mogten hebben ontvangen, eene oproeping in de *Dordrechtsche Courant* is geplaatst, zulks nadat reeds een paar maanden vroeger eene preliminaire vergadering van contribuanten, op dezelfde wijze zamengeroepen, omtrent deze aangelegenheid gehouden was, zoodat waarlijk niet beweerd kan worden dat hier bij verrassing gehandeld is, en dan ook in dit geding van een verzet van contribuanten tegen de nieuwe regeling, *op grond van onvoldoende oproeping*, geen spoor te vinden is.

„Dit over de hoofdkwestie. De vraag door den pleiter voor de partij R. c. s. teregt ontkennend beantwoord, of *de kerkeraad* aan de regeling van 28 Junij 1849 *een regt tot benoeming van regenten* ontleent, kan ik buiten beschouwing laten, omdat dit niet is de bewering van de partij S. c. s. die niets anders pleit dan wat ik tot dusverre heb trachten te wederleggen.

„Mijne meening is dus, dat de partij R. c. s., die gedagvaard heeft 5 Aug. 1887, de eenige bevoegde is om de op 1 Julij 1887 verschenen rente van de ten name van

meergemeld Bestedelingenhuis op het Grootboek ingeschreven schuld van den Staat te vorderen.

„Maar moet de Staat nu ook veroordeeld worden om aan die partij te betalen *de interessen van het gevorderde bedrag sedert den dag der dagvaarding?* Ik geloof het niet, omdat de Staat, die niet weten kon wie van de beide elkanders kwaliteit betwistende partijen regtens voor het Bestedelingenhuis kon optreden, niet kan geacht worden in de nakoming zijner verpligting tot betaling *nalatig te zijn geweest*, en door de dagvaarding *in mora* te zijn gesteld, terwijl, ook de partij S. c. s. niet tot betaling dier interessen kan worden veroordeeld, omdat, al mogt die partij knnnen geacht worden door haar optreden tegen den Staat *wederregtelijk* dit renteverlies aan de partij die eischeresse is bij exploit van 5 Aug. 1887 te hebben veroorzaakt, deze laatste toch niet bevoegd is de vergoeding daarvan *bij conclusie in dit geding*, zooals zij doet, te vorderen, maar hoogstens zou hebben het regt om ten dien einde eene actie voor den competenten regter in te stellen.

„Ik heb de eer te concluderen tot toewijzing aan de partij die eischeresse is bij exploit van 5 Aug. 1887 van hare vordering tot betaling der som van *f* 2181.25, voor op 1 Julij 1887 verschenen rente van het ten name van het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht op het Grootboek ingeschreven kapitaal van *f* 174.500, tot ontzegging aan die partij van haren eisch van interessen van het door haar gevorderde bedrag, voorts tot niet-ontvankelijkverklaring van de partij die eischeresse is bij het exploit van 29 Sept. 1887; en eindelijk tot veroordeeling van de Heeren S. c. s. in hun privé in al de kosten van het regtsgeding."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„Ten aanzien van de feiten en procedures:

„O., dat de bijzondere instelling van weldadigheid het

Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht, handelende door haar College van Regenten, als welks leden optreden de heeren J. W. M. R., S M. H. v. G., H. d. B. en W. v. B., zijnde de drie diaken-plaatsen in het college vacant, bij exploit van 5 Aug. 1887 den Staat der Nederlanden heeft gedagvaard ten einde te worden veroordeeld tot betaling van *f* 2181.25 met de renten dier som aan de eischeresse in den persoon van haren regent-rentmeester W. v. B. of van zoodanige andere personen als daartoe door voornoemde regenten zullen worden gecommitteerd, zijnde die som van *f* 2181.25 de op 1 Julij 1887 verschenen rente van een kapitaal groot *f* 174.500 ingeschreven ten name van het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht op het Grootboek der Nationale Schuld 2½ pct. inschrijvingen, letter D deel 12—14, nos 3545 en 4190;

„dat mede ten name van diezelfde instelling van weldadigheid, als wier college van regenten thans echter optraden de heeren J. G. v. S., H. J. K, J. J. S., G. S., H. C. v. d. W., A. P. S. Gz. en G. v. A., bij exploit van 29 Sept. 1887 de Staat der Nederlanden is gedagvaard ten einde te worden veroordeeld tot betaling van diezelfde *f* 2181.25 met de renten daarvan aan hem eischer en den persoon van den regent-rentmeester J. J. S. of van zoodanige andere personen als daartoe door de regenten v. S. c. s. zullen worden gecommitteerd;

„dat op verzoek van partijen de beide aldus aanhangig gemaakte zaken bij arrest van den H.-R. van 21 Oct. jl. aan en bij elkander zijn gevoegd;

„dat de partijen R. c s. en v. S c. s daarna conclusiën van eisch, ieder overeenkomstig de van harentwege uitgebragte dagvaarding, hebben genomen;

„dat de ged., hierop antwoordende, heeft aangevoerd dat hij volstrekt niet weigert rente te betalen van op de Groot-

boeken der Nationale Werkelijke Schuld ingeschreven kapitalen ten name van het Bestedelingenhuis te Dordrecht, dat het niet-uitbetalen dier rente niet zijne schuld is, maar van de eischers, die elkanders regt betwisten; dat dewijl van dat geschil door geregte aanzegging aan de Directie der Grootboeken was gebleken, die Directie als niet bevoegd dat geschil te beslissen, verpligt is met de uitbetaling te wachten totdat de regter zal hebben uitgemaakt wie regthebbende is, en op die gronden zich heeft gerefereerd aan de beslissing van den H.-R., concluderende dat hij zal worden gehouden buiten kosten en die der partijen die in het ongelijk zal worden gesteld, tevens zal veroordeeld worden in de kosten den Staat veroorzaakt;

„dat vervolgens de partij R. c. a. nader heeft doen zeggen, dat de instelling van weldadigheid, het Hervormd Bestedelingenhuis te Dordrecht, in 1847/1849 uit private bijdragen en door bijzondere personen is opgerigt; dat de gezamentlijke contribuanten toen aan de instelling hebben gegeven een reglement van 8 artikelen of grondbepalingen, volgens welke er zouden zijn VII regenten, en wel IV gemeenteleden en III diakenen te kiezen door den Kerkeraad der Nederduitsch Hervormde Gemeente, de III diakenen uit eene voordracht van de Diaconie, de IV anderen uit eene voordracht van regenten zelven; terwijl voorts de jaarlijksche rekening en verantwoording zou worden afgelegd aan eene commissie door den kerkeraad te benoemen, voor de eene helft uit leden van den kerkeraad, voor de andere helft uit leden der gemeente;

„dat op dezen voet alles ordelijk is gegaan tot omstreeks 1881, toen de kerkeraad moeite is gaan maken over eene resolutie van regenten, volgens welke een afgetreden, doch herkiesbaar regent zou blijven zitting houden tot zijn opvolger zou zijn benoemd; dat die houding van den Kerke

raad in 1885 den contribuanten van het Bestedelingenhuis in eene ordelijk bijeengeroepen vergadering van 22 April heeft doen besluiten om de grondbepalingen der Instelling te wijzigen in dier voege, dat voortaan wel de drie diaken nog *more solite* door den Kerkeraad zouden worden gekozen, doch dat de vier andere regenten, op eene aanbeveling van regenten, zouden gekozen worden door een kiescollege, bij de nieuwe grondbepalingen omschreven en geregeld; dat het College van Regenten R. c. s. op den voet van die gewijzigde grondbepalingen bestaat en handelt, doch de drie diaken-plaatsen vacant zijn, omdat de Kerkeraad vooralsnog heeft gedifficulteerd de benoeming volgens het nieuwe reglement te doen; dat derhalve de eischer der commissie R. c. s. moet worden toegewezen en die van de heeren van S. c. s. afgewezen, en dat tevens, zoo de H.-R. de bewering van den Staat juist oordeelt, dat deze, omdat hij slechts tusschen, doch niet tegenover de twistenden zou staan, geen renten noch kosten mag dragen, de heeren v. S. c. s. moeten veroordeeld worden in al de kosten der procedure en ook in de renten sedert de dagvaarding, vermits immers het gesticht het rente-verlies en de kosten niet mag lijden, te berokkenen door een onjuist gebleken verzet bij het Grootboek; op welke gronden gemelde partij R. c. s. — na nog bewijs te hebben aangeboden, voor het geval de echtheid of juistheid van de door haar overgelegde stukken mocht worden betwist, en zich in het bijzonder bereid te hebben verklaard dit door getuigen te doen ten opzigte van de door haar overgelegde notulen van de jaren 1847-1850, alsmede van het feit dat zij die de vergaderingen van contribuanten van 25 Febr. en van 22 Apr. 1885 hebben bijgewoond, inderdaad allen waren oorspronkelijke oprigters of contribuanten der instelling, — heeft gepersisteerd bij de genomen conclusie van eisch, met dien verstande dat, oor-

deelt de H.-R. dat de Staat in deze geen renten of kosten behoort te dragen, althans de heeren J. G. v. S., H. J. K , J. J. S., G. S., H. C. v. d. W., A. P. S Gzn. en G. v. A. alle in privé en elk hunner voor het geheel zullen worden veroordeeld in al de renten en kosten regtens;

„O., dat de partij van S. c. s. zich tot staving van haar beweerd regt om als bestuur van meergemelde instelling op te treden, heeft beroepen op de feiten: 1° dat de commissie tot oprigting van het Bestedelingenhuis onder andere heeft ontworpen de grondbepalingen, welke als de a. 1, 2 en 3 dier bepalingen, op eene algemeene vergadering van contribuanten tot de inrigting op 28 Junij 1849 zijn goedgekeurd en vastgesteld; 2° dat in overeenstemming met die bepalingen luiden drie artikelen van een Reglement voor het Bestuur van het Bestedelingenhuis, aangenomen en vastgesteld 14 Mei 1851; 3° dat overeenkomstig al die voorschriften de Breede, nu Algemeene, Kerkeraad der Nederduitsch Hervormde Gemeente te Dordrecht heeft benoemd in zijne vergadering van 8 Febr. 1886 de drie diaken-regenten en in zijne vergadering van 13 Dec. 1886 de vier overige leden, welke te zamen het eenig bevoegde College van Regenten vormen, — na welk beroep de partij v. S. c. s heeft verzocht dat haar worde verleend akte van het stellen van voornoemde feiten, met sommatie tot erkenning en bewijsaanbod, en heeft verklaard te volharden bij hare conclusie van eisch, daarnevens alsnu concluderende dat de partij Mr. Vlielander Hein zal worden verklaard niet-ontvankelijk in hare vordering, immers haar deze zal worden ontzegd, met veroordeeling van die partij in al de proceskosten;

„dat daarna nog elke der beide partijen, die elkanders bevoegdheid betwisten, heeft verklaard de feiten, door de anderen gesteld, niet verder te erkennen dan uit hare eigene beweringen volgt, en eindelijk de partij v. S. c. s. de vor-

dering der partij R. c. c. tot veroordeeling *casu quo* van de heeren, uit wie eerstgenoemde partij bestaat, in privé en hoofdelijk in de renten en kosten heeft bestreden.

„Ten aanzien van het regt:

„O., dat, blijkens de door de partij R. c. s. overgelegde notulen (als ongeteekend gratis geregistreerd), wier echtheid en juistheid door de partij v. S. c. s., niet wordt betwist, de contribuanten tot oprigting van het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht op 28 Junij en 4 Julij 1849 hebben gehouden algemeene vergaderingen, in de eerste waarvan zeven artikelen als grondbepalingen voor het Reglement van Bestuur over gemeld Bestedelingenhuis zijn aangenomen, terwijl in die van 4 Julij nog de navolgende in de notulen *amendement* genoemde bepaling door de vergadering werd goedgekeurd: „Geene verandering zal in deze statu-„ten kunnen gemaakt worden dan op eene bepaaldelijk daartoe „wettig zaamgeroepene vergadering, en dat wel met eene meer-„derheid van twee derden der aanwezige stemmende leden";

„O., dat de geldigheid van dit laatste voorschrift — krachtens hetwelk de contribuanten in 1885 hebben besloten tot het laten benoemen der vier regenten niet diakenen door een kiescollege, door de partij van S. c. s. wordt bestreden op grond dat de stichting die het hier geldt, op 28 Junij 1849 een zelfstandig bestaan zou hebben verkregen, afgescheiden en onafhankelijk van hare stichters; dat dezen zich toen welligt eenigen invloed op haren verderen gang hadden kunnen voorbehouden, doch, nu ze dat niet gedaan hebben, hunne latere vergadering ijdel geweest is en het in die vergadering aangenomen amendement van den heer R. den toen reeds onherroepelijk vastgestelden voet waarop de stichting in het leven was getreden, niet meer kan wijzigen;

„O., dat deze redenering zou opgaan, indien bleek dat

de stichters in de vergadering van 28 Junij hunne stem aan de eerste zeven grondbepalingen hadden gegeven met de bedoeling dat die terstond, als volledige stichtingsbrief, zonder verdere inmenging van hen of van de commissie die zich met de voorbereiding der zaak had belast, zouden werken;

„dat echter het tegendeel reeds volgt uit het feit dat de vergadering zelve onmiddellijk na de goedkeuring der 7 artikelen vier regenten heeft benoemd, wier benoeming het tweede dier artikelen aan den breeden kerkeraad der Nederduitsche Hervormde Gemeente te Dordrecht opdraagt, terwijl het verder wordt bevestigd doordien gemelde commissie van voorbereiding toen niet is ontslagen, alsmede doordien in de volgende bijeenkomst op 4 Julij zich niemand tegen de daarin gedane voorstellen heeft verzet op grond van de beteekenis, welke de partij van S. c. s. thans aan het aannemen der zeven eerste gronbepalingen wil gehecht hebben; uit welk een en ander het besluit moet worden getrokken dat in niemands schatting het oprigten van het Bestedelingenhuis als Stichting in de vergadering van 28 Junij reeds was afgeloopen, zoodat het 8e art. als constitutieve bepaling met de vroeger aangenomene volkomen gelijkstaat;

„O., dat de partij van S. c. s. omtrent dat artikel nog beweert, dat, al waren de contribuanten bevoegd geweest het na 28 Junij vast te stellen, het deels niet regtsgeldig is en deels niet meer vatbaar voor uitvoering, omdat de invloed dien het aan contribuanten op de oprigtingsakte toekent, slechts *eenstemmig* en slechts *zoolang allen leefden en medewerkten*, konde worden uitgeoefend;

„O., dat de eerste dezer stellingen is willekeurig en daarenboven leidt tot tegenstrijdigheid in het stelsel der partij van S. c s. omdat zoo eenstemmigheid tot het *wij-*

zigen van de grondbepalingen vereischte ware, het dit ook zou moeten geweest voor het *maken* van die bepalingen en dan aan de zeven — slechts met groote meerderheid van stemmen aangenomen – artikelen, welke die partij als de eenig geldige beschouwt, het gebrek zoude kleven, op grond waarvan zij de geldigheid van a. 8 betwist;

„dat, wat de tweede stelling aangaat, a. 8 niet zegt, dat het daarbij aan contribuanten voorbehouden regt zal vervallen door het overlijden van één of meer hunner, en dit, ook met het oog op het groote getal contribuanten niet kan geacht worden in de bedoeling te hebben gelegen, zoodat de bedenkingen der partij van S. c. s. tegen de achtste grondbepaling, door haar als ondergeschikt aan haar hoofdbezwaar tegen dat a voorgesteld, evenmin gegrond zijn als dat bezwaar;

„O., dat die partij er eindelijk nog op had gewezen, dat meergemeld a ten aanzien van de op 21 Apr. 1885 gehouden vergadering van contribuanten niet zou zijn nageleefd, omdat de oproeping daartoe niet is geschied bij publieke citatie;

„dat echter a. 8 wel spreekt van *wettig* zaamgeroepene vergadering, maar daarmede kennelijk niet zoodanige oproeping op het oog heeft als a. 523 B.-W. met de benaming: „openbare dagvaarding" aanduidt en evenmin eenig ander wettelijk voorschrift omtrent bij de wet bevolen aankondigingen, maar eenvoudig eene *behoorlijke*, *voldoende* bekendmaking, zooals, blijkens de stukken, ten opzigte van gemelde vergadering op de gebruikelijke en volkomen toereikende wijze heeft plaats gehad;

„O., dat op deze gronden de partij R. c. s. met de drie diakenen, wier plaatsen onvervuld zijn, moet geoordeeld worden regtens het college van regenten uit te maken, bevoegd om voor het Hervormde Bestedelingenhuis, als

regtspersoon, te handelen en mitsdien om de renten van het ten name dier stichting op het Grootboek der Nationale Schuld ingeschreven kapitaal in te vorderen, terwijl de partij van S. c. s. daartoe niet is geregtigd, en deze laatste alzoo in haren eisch om diezelfde renten in ontvang te nemen zal behooren te worden verklaard niet-ontvankelijk;

„O., dat er geen termen bestaan om den bij het exploit van 5 Aug. 1887 gedanen eisch, voor wat de interessen te rekenen van dien dag betreft, toe te wijzen;

„Regt doende enz.:

„Verleent akte waarvan akte is gevraagd;

„Veroordeelt den Staat der Nederlanden om aan de bijzondere instelling van weldadigheid, het Hervormde Bestedelingenhuis te Dordrecht, waarvan regenten zijn J. W. M. R., voorzitter, S. M. H. v. G., ondervoorzitter, H. d. B., secretaris, en W. v. B., rentmeester, allen te Dordrecht, zijnde de drie diakenplaatsen in het college van regenten vacant, in den persoon van haren regent rentmeester W. v. B., of van zoodanige andere personen als daartoe door genoemde regenten zullen worden gecommiteerd, te betalen de som van *f* 2181.25;

„Ontzegt aan genoemde instelling haren eisch voor wat de interessen dier som betreft;

„Verklaart de Heeren J. G. v. S., H. J. K., J. J. S., G. S., H. C. v. D. W., A. P. S. Gz. en G. v. D. A., allen wonende te Dordrecht, opgetreden in de hun niet toekomende hoedanigheid van regenten van genoemd Bestedelingenhuis, niet-ontvankelijk in den van hunnentwege bij exploit van 29 Sept. 1887 tegen den Staat der Nederlanden ingestelden eisch;

„Veroordeelt deze Heeren in privé in de kosten van de beide bij bovengenoemd arr. van 28 Oct 1887 gevoegde

zaken, de kosten van dat arr. voorbehouden daaronder begrepen."

N° 3023. — Arr. van 3 Mei 1888.

(A. 343 en a. 5, n° 5; a. 344; a. 59, 1°, B.-R.)

Is het beroep in cassatie toegelaten tegen eene in hooger beroep gewezen uitspraak, waarbij het verzoek van den appellant om dag van pleidooi is afgewezen, op grond dat op de procureursakte, ten gevolge waarvan het hooger beroep op de rol was gebragt, niet kon worden voortgeprocedeerd en het appèl derhalve niet kon geacht worden op regelmatige wijze te zijn aanhangig gemaakt? — JA.

Moet luidens a. 343 *en* 5, *n°* 5, *B.-R., de dag en het uur waarop de geïntimeerde in regten moet verschijnen, in de dagvaarding, waardoor het hooger beroep wordt aangevangen, worden opgegeven?* — JA.

Vloeit uit eenige wettelijke bepaling de bevoegdheid van den appellant voort om, met instandhouding der dagvaarding, de daarbij aangewezen teregtzitting door eene andere te doen vervangen? — NEEN.

Volgt hieruit dat tenzij de geïntimeerde van het hem bij a. 344 *toegekende regt tot vervroeging van den termijn gebruik maakt of in een anderen termijn bewilligt, het hooger beroep op geene andere teregtzitting dan op de daarvoor bij de dagvaarding aangewezene, kan worden aangebragt?* — JA.

Is de naleving van het voorschrift van a. 59, 1°, *op straffe van nietigheid voorgeschreven?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Den eischer is door de regtb. te 's Gravenhage eene door hem ingestelde vordering ontzegd; van die uitspraak is hij *tempore utili* in appèl gekomen en heeft de verw^s gedagvaard voor het Hof tegen 3 Oct. 1887; de procureur v. E. verzuimde echter de zaak op de rol van het Hof te

doen inschrijven, en dien tengevolge had de oproeping der zaak op dien dag niet plaats (a. 37 en 38 Regl. I).

„In strijd met de regelen van procesorde, gaf hij aan zijne tegenpartij *avenir* tegen 14 Nov. 1887; de procureur van de verw^s verklaarden toen, zich *niet* op die dagvaarding te sisteren en merkte aan het Hof op, dat er van voortprocederen in deze, voor het Hof niet aanhangige zaak, geen sprake kon zijn.

„Nadat de eischer dag van pleidooi op dit incident en op de hoofdzaak had gevraagd, heeft het Hof zich in raadkamer begeven en bij gemotiveerde beschikking beslist, dat de zaak niet op regelmatige wijze bij het Hof was aanhangig gemaakt, en het verzoek om pleidooi alzoo voor geen toewijzing vatbaar was.

„Daartegen is als *middel* van cassatie aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 147, 139, 75 en 59, n° 1 en 3, B.-R. en a. 37 en 38 van het Reglement I (Besluit van 14 Sept. 1838).

„In de eerste plaats is voor de verw^s beweerd, dat de voorziening zou zijn niet-ontvankelijk, omdat het in deze niet geldt een arr. of beschikking in eene bij het Hof aanhangige zaak, maar een eenvoudig dictum ter rolle.

„Zeker kan men niet in cassatie komen van eene niet tusschen partijen aanhangige zaak, maar juist de vraag, of de zaak aanhangig was, is hetgene in deze de partijen verdeeld houdt, zoodat om over de gegrondheid dezer exceptieve verdediging te kunnen oordeelen het *middel* zelf dient te worden onderzocht.

„Alle beschikkingen en handelingen der regterlijke magt in het hoogste ressort zijn aan het oordeel van den H.-R. onderworpen, zoodat van eene uitzondering daarop, ten duidelijkste moet blijken; mogt dus de Raad oordeelen,

dat 's Hofs beschikking onjuist was, dan volgt daaruit de ontvankelijkheid van het beroep.

„Mij komt echter die beslissing juist voor, omdat het Hof niet *legaliter* van de zaak gesaisisseerd was.

„De zaak was tegen 14 Nov op onregelmatige wijze ter rolle gebragt; het Hof kon er daarom niet van cognosceren en weigerde daarom teregt den eischer een dag van pleidooi te geven.

„Alleen zaken, die op de wijze bij de procesorde voorgeschreven, ter rolle voorkomen, zijn bij den regter aanhangig; op 14 Nov. was in strijd met de daaromtrent bestaande voorschriften de afroeping door den eischer verkregen.

„Van verstek-vragen of dergelijke op 3 Oct. kon de rede niet zijn, omdat door het verzuim van den procureur des eischers de zaak dien dag *niet* op de rol voorkwam.

„Het toen niet wettelijk aanhangig appel kon niet door een later *avenir* aanhangig worden gemaakt; zulks is in strijd met de processueele bepalingen op dit stuk.

„Het niet voorkomen der namen enz. van partijen in 's Hofs beschikking mist zijn feitelijken grondslag; ze staan in het Audientie-blad, hetwelk de dispositie bevat, en daarmede een geheel uitmaakt.

„Verzuimde naleving van de voorschriften van a. 59 B.-R. is bovendien niet met nietigheid bedreigd.

„De Procureur Mr. W. wees er het Hof slechts op, dat de zaak niet wettelijk aanhangig was, en verklaarde uitdrukkelijk daarin niet op te treden.

„Mr. W. was wel ter rolle, maar de zaak van Mr. v. E. was er niet, en daarom wilde Mr. W. er teregt niet in verschijnen.

„Ik concludeer tot niet-ontvankelijk verklaring, in elk geval tot verwerping van het beroep; met veroordeeling van den eischer in de proces-kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat de eischer als *middel* van cassatie heeft voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 147, 139, 75 en 59, n[os] 1 en 3, B.-R. en de a 37 en 38 van het Reglement n[0] I, betreffende de wijze van eedsaflegging der onderscheidene regterlijke ambtenaren, de afwezigheid, de afwisseling en de orde van de inwendige dienst van den H -R., gelijk mede der Hoven en Regtbanken (besluit van 14 Sept. 1838), doordien: *a.* het Hof des appellants verzoek om het gerezen incident en de zaak zèlve te mogen bepleiten, heeft afgewezen; *b.* door bij hetzelfde arr. te beslissen, dat de zaak bij het Hof niet aanhangig was, terwijl die, blijkens de afroeping door den deurwaarder, toch wel degelijk op de rol vóorkwam, en terwijl ten dage bij dagvaarding in appèl als dienenden dag bepaald en ook later tegen den appellant geen verstek was verleend en de geïntimeerden niet van de instantie waren ontslagen, noch op verzoek van deze laatsten noch ambtshalve; *c.* het Hof in zijn arr. of beschikking niet heeft opgenomen de namen en woonplaatsen van de beide partijen en evenmin de namen der beide procureurs, terwijl uit het Audientie-blad der zitting van 14 Nov. 1887 blijkt, dat Mr. F. W. als procureur der geïntimeerden, nu verw[s], ter rolle aanwezig was en bij de afroeping der zaak ook het woord heeft gevoerd;

„O., dat de verw[s] deze voorziening in de eerste plaats hebben beantwoord met een middel van niet-ontvankelijkheid, daarop steunende, dat het in deze niet geldt een arr. of beschikking in eene bij het Hof te 's Gravenhage aanhangige zaak, maar een eenvoudig dictum ter rolle, waartegen het beroep in cassatie niet is toegelaten;

„O., dat feitelijk vaststaat, dat de eischer in cassatie bij de dagvaarding, waardoor hij van een tusschen partijen door de regtb. te 's Gravenhage gewezen vonnis in hooger be-

roep is gekomen, de verw^s tegen 3 Oct. 1887 voor het Hof heeft opgeroepen;

„dat op de teregtzitting van dien dag het hooger beroep niet op de rol voorkwam;

„dat hij vervolgens bij procureursakte Mr. F. W, als procureur van de verw^s, tegen de teregtzitting van 14 Nov. 1887 heeft opgeroepen, op welke teregtzitting deze heeft verklaard niet als procureur van de verw^s te verschijnen, maar te protesteeren tegen de wijze van behandeling van deze zaak, waarop de procureur van den eischer heeft verzocht dag van pleidooi op het incident en op de hoofdzaak;

„O., dat bij de bestreden uitspraak dit verzoek is afgewezen, op grond dat het appèl niet kan geacht worden op regelmatige wijze bij het Hof te zijn aanhangig gemaakt;

„O, dat deze uitspraak niet is een zoogenaamd dictum ter rolle, omdat zij, als inderdaad daarop gegrond dat bij de procureursakte, tengevolge waarvan het hooger beroep op de rol was gebragt, niet kan worden voortgeprocedeerd. het regtsgeding zelf betreft en *niet* is een eenvoudig bevel van den regter tot verzekering of bevordering van den geregelden loop daarvan;

„dat derhalve het beroep in cassatie daartegen niet is uitgesloten en alzoo het *middel* van niet-ontvankelijkheid is ongegrond;

„O. ten aanzien van het *middel* van cassatie, dat, luidens de a. 343 en 5, n⁰ 5, B.-R., de dag en het uur waarop de geïnt. in regten moet verschijnen, in de dagvaarding, waardoor het hooger beroep wordt aangevangen, moeten worden opgegeven, en dat uit geene wettelijke bepaling de bevoegdheid van den app. voortvloeit om, met instandhouding der dagvaarding, de daarbij aangewezen teregtzitting door een andere te doen vervangen, waaruit volgt, dat tenzij de geïnt. van het hem bij a. 344 toegekend regt

tot vervroeging van den termijn gebruik maakt of in een anderen termijn bewilligt, het hooger beroep op geene andere teregtzitting dan op de daarvoor bij de dagvaarding aangewezene kan worden aangebragt;

„dat dus, vermits het onderwerpelijk hooger beroep zonder bewilliging der verw^s op eene latere teregtzitting is aangebragt dan waartegen zij waren gedagvaard, het Hof teregt heeft geoordeeld dat het niet wettig was aanhangig gemaakt en het verzoek van den eischer om een dag tot pleidooi van de hand heeft gewezen, weshalve de twee eerste onderdeelen van het *middel* zijn onaannemelijk;

„O„ dat hetgeen in de laatste plaats tot staving van het *middel* is beweerd, hierop neerkomt, dat de aangevallen beschikking niet inhoudt wat zij volgens a 59, n° I, B. R. zou moeten inhouden;

„O. dat, daargelaten de vraag of deze bepaling in alle opzigten is opgevolgd, de naleving daarvan niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, terwijl uit de beschikking duidelijk blijkt tusschen welke personen de beslissing is gegeven, zoodat het hier aangevoerde in geen geval tot cassatie kan leiden;

„O., dat bijgevolg het *middel* in al zijne onderdeelen is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie, en

„Veroordeelt den eischer in de daarop gevallen kosten."

N° 3024. — Beschikking van 8 Mei 1888.

(A. 417 en 431 B.-W.)

Is de regter van de woonplaats des toezienden voogds bevoegd om op diens verzoek in de opengevallen voogdij te voorzien, indien de voogd zijne woonplaats naar het buiten-

land heeft overgebragt en de voogdij dientengevolge opengevallen is? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft in deze zaak de Adv.-G. jhr. Mr. DE SAVORNIN LOHMAN de volgende conclusie genomen:

„De Proc.-G. bij den H.-R. der Ned.

„O., dat uit de stukken moet worden opgemaakt, dat D. J. V. zijne woonplaats heeft overgebragt naar het buitenland, — dat derhalve de in dezen bedoelde minderjarigen geene woonplaats hiertelande hebben, — dat derhalve nu in de voogdij voor die minderjarigen moet worden voorzien, a. 417 B.-W., bepalende dat de benoeming van den voogd geschiedt door den kntr van de woonplaats van den minderjarige, niet kan worden nageleefd;

„O, dat *ex analogia* van die bepalingen op het stuk der proces-orde de bevoegdheid om ten deze in de voogdij te voorzien, kan worden toegekend an den kntr van de woonplaats des verzoekers;

„Heeft de eer te concluderen, dat de H.-R. zal aanwijzen als ten deze tot de benoeming van een voogd bevoegd, den kntr te Harlingen.

BESCHIKKING. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat uit de stukken blijkt, dat de vader en voogd der minderjarigen D. J. V, laatst wonende te Dongen, zijne woonplaats aldaar heeft verlaten en overgebragt naar het buitenland en daar op nieuw in het huwelijk is getreden;

„O., dat de minderjarige kinderen van gemelden V. derhalve sinds dien tijd geene woonplaats hiertelande meer hebben, en de bepaling van a. 417 B.-W., waarbij de benoeming van een voogd wordt opgedragen aan den kntr van de woonplaats der minderjarigen, niet meer kan worden opgevolgd;

„O, dat a. 431 B.-W. echter den toezienden voogd de verpligting oplegt om, bij ontstentenis van den voogd, de belangen der minderjarigen waar te nemen en een nieuwen voogd te doen benoemen, zoodat dit a. er toe leidt dat in zoodanig geval de toeziende voogd zich tot den kntr zijner eigene woonplaats moet wenden;

„Wijst als den ten deze bevoegden kntr. aan den kntr van de woonplaats van den toezienden voogd, den kntr te Harlingen."

N⁰ 3025. — Arrest van 18 Mei 1888.

(A. 1977, 1978 j^s a^s 1902, 1903, 1952, 1959 B.-W.)

Laat de wet de keuze aan welke der partijen de eed zal worden opgelegd, geheel en al aan den regter over, zoodat aan het oordeel van den regter in cassatie zijn onttrokken de motieven, waardoor de judex facti *zich bij die keuze heeft laten leiden?* — Ja.

De Proc.-G. Mr. Polis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* waarop dit beroep steunt, luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1977 en 1978, in verband met de a. 1902, 1903, 1952 en 1959 B-W., *a.* omdat het Hof, aannemende, dat de vordering van den oorspronkelijken eischer door de verklaringen der getuigen was bewezen, en dat alleen overbleef te beslissen, of de oorspronkelijke gedaagde zijne bevrijding tot op het niet betwiste bedrag van *f* 110.10 bewezen had, meer bepaald door zekere betaling ten bedrage van *f* 250.— en dienaangaande een suppletoiren eed opleggende, dien eed moest opleggen aan hem, die het bewijs van zijne bevrijding had te leveren, alzoo aan den oorspronkelijken gedaagde, die zich tot zijne bevrijding op het feit van die betaling be-

riep; — *b.* omdat, al had de suppletoire eed anders dan aan den appellant kunnen worden opgelegd, des neen, die niet konde worden opgelegd aan den geïntimeerde, op grond dat hij was de schuldeischer.

„Indien het waar is, dat de eed van a. 1977 B.-W. alleen kan worden opgelegd aan de partij, die in het bewijs van haar *probandum* niet geheel is geslaagd, en niet aan de partij die heeft bewezen wat zij moest bewijzen — en dat is, meen ik de juridieke stelling van den eischer in cassatie, — dan kan deze verw. in cassatie zich wel beklagen dat hem, die, naar 's regters oordeel, reeds volledig bewijs geleverd had, nog bovendien een eed is opgelegd, en hij dus met meer bewijs is bezwaard dan hij volgens de wet te leveren had, maar kan toch niet deze verw. in cassatie er een grief van maken dat *hem* geen eed is opgelegd, en niet beweren dat *hem* de suppletoire eed *moest zijn opgelegd*, omdat de regter *nooit is verpligt*, maar wel onder omstandigheden *bevoegd* den eed van a. 1977 B-W. op te leggen; cf. arr. van 12 Apr. 1850 (v. D. HON. *B.-R.* XII, 22).

„Maar de stelling zelve is ook onjuist, omdat het bij a. 1977 geheel aan het *arbitrium judicis* is overgelaten aan te wijzen welke partij den eed zal doen. Dat is de jurisprudentie van den Raad, niet eerst bij het geciteerde arr. van 19 Junij 1874, maar reeds bij dat van 1 Junij 1855 (v. D. HON. *B.-R.* XIX, 415), en ik behoef het dus niet meer te betoogen. In zijn eerste onderdeel mist dus het *middel* allen grond; en in zijn tweede onderdeel berust het op eene onjuiste voorstelling van 's Hofs beslissing, die niet is, dat de eed aan den geïntim. *moet* worden opgelegd, *omdat de geintimeerde is de schuldeischer*, maar slechts „dat de eedsopdragt aan den geintim., den schuldeischer, behoort te geschieden", terwijl overigens, ook al berustte

's Hofs beslissing op dit punt op een onjuist motief, toch daarom de uitspraak niet zou kunnen worden gecasseerd, vermits de eedsopdragt *aan den schuldeischer* niet oplevert eene schending of verkeerde toepassing der wet, en in ieder geval deze eischer in cassatie zich daarover niet zou kunnen beklagen.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„O, dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1977 en 1978 in verband met de a. 1902, 1903, 1952 en 1959 B.-W., *a.* omdat het Hof, aannemende dat de vordering van den oorspronkelijken eischer door de verklaringen der getuigen was bewezen, en dat alleen overbleef te beslissen of de oorspronkelijke ged. zijne bevrijding tot op het niet betwiste bedrag van *f* 110.10 bewezen had, meer bepaald door zekere betaling ten bedrage van *f* 250.— en dienaangaande een suppletoiren eed opleggende, dien eed moest opleggen aan hem, die het bewijs van zijne bevrijding had te leveren, alzoo aan den oorspronkelijken ged die zich, tot zijne bevrijding, op het feit van die betaling beriep; — *b.* omdat, al had de suppletoire eed anders dan aan den app. kunnen worden opgelegd, des neen, die niet konde worden opgelegd aan den geïnt., op grond dat hij was de schuldeischer;

„O., dat dit *middel* in de eerste plaats steunt op de bewering, dat de regter, die termen vindt om een suppletoiren eed op te leggen, door de aangehaalde wetsa. beperkt zoude zijn in de keuze van de partij, aan welke hij den eed oplegt, doch dat die bewering is onjuist, vermits de wet de keuze, aan welke der partijen de eed zal worden opgelegd, geheel en al aan den regter overlaat;

„O., dat het *middel* in de tweede plaats rust op de bewering, dat de eed aan den verw., toen geïntime, is opgelegd, *omdat* hij was schuldeischer;

„O., dat uit de in het arr. gebezigde uitdrukkingen niet duidelijk blijkt, of inderdaad deze beteekenis aan 's Hofs beslissing behoort gegeven te worden, doch dat, al ware zulks het geval, het *cassatie-middel* nog ongegrond zou zijn, omdat waar de keuze der partij aan wie de eed wordt opgelegd, aan den regter is overgelaten, het onverschillig is door welke motieven hij zich daarbij leiden laat;

„O., dat het *middel* mitsdien is ongegrond:

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N°. 3026. — Arrest van 25 Mei 1888.

(A. 1844, 1966, 1967 en 1968 B.-W.; — A. 72 en 73 der wet op de Nationale Militie van 19 Aug. 1861, *St.* n° 72, in verband met a. 1902 en 1903 B.-W.).

Behoort het sluiten eener geldelijke overeenkomst tot de vereischten ter aanbieding van een plaatsvervanger in de Nationale Militie? — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1844, 1966, 1967 en 1968 B.-W., benevens 72 en 73 der wet op de Nationale Militie in verband met a. 1902 en 1903 B.-W., door den aan den nu verw. opgedragen eed niet beslissend te verklaren.

„Door de beslissing of een eed al of niet *litis-decisoir* is kan geen wetsa. zijn geschonden. Alleen de *judex facti* kan

uitmaken of de opgedragen eed van beslissenden invloed is op al of niet toewijzen der ingestelde vordering.

„Het beroep berust op de stelling, dat de verw. als lastgever zekeren T. heeft gemagtigd een plaatsvervanger voor zijn zoon aan te nemen, en dat daarin *eo ipso* ligt opgesloten de magt om hem tegenover dien plaatsvervanger geldelijk te verbinden.

„Maar de *judex facti* beslist juist het tegendeel, en zegt, dat de volmagt, zooals die door den eischer gezegd wordt te luiden, alleen strekt om, namens den lastgever, voor den militieraad te verschijnen, ten einde aldaar een plaatsvervanger ter keuring aan te bieden, en te dier zake de vereischte notariële acte te passeeren en alles te doen wat daarbij vereischt wordt

„Verder ging de lastgeving niet, en verder kon de lastgever dus niet verbonden worden, ook niet geldelijk; van schending van a. 1844 B.-W. is dus geen sprake.

„De eischer had zich tegenover de verzekering-maatschappij verbonden om plaatsvervanger te worden, tegen een te betalen geldsom.

„A. 72 der wet van 19 Aug. 1861, *St.* n° 72, vordert, dat de overeenkomst van plaatsvervanging geschiedt bij notariële acte. Dit is een administratief voorschrift in het belang van den Staat, opdat de band tusschen den loteling en den plaatsvervanger authentiek vaststa, maar de voorwaarden van dat contract behoeft dat stuk niet te bevatten. De uitvoering er van had de verw. krachtens een ander contract aan een derde overgelaten, en deze was voor de naleving er van verantwoordelijk tegenover v. D. K., niet tegenover den Staat.

„A 73 regelt de gevolgen der overeenkomst zoo die niet wordt nageleefd, niet wat zij moet bevatten

„Ook deze a. kunnen dus niet geschonden of verkeerd toegepast zijn.

„En evenmin is dit het geval met a. 1966 en volg. B.-W en a. 1902 en 1903 B.-W., — omdat de eersten niet bepalen wanneer een eed beslissend is, en de laatsten niet, omdat de bewijslast geheel overeenkomstig hare bepalingen is gelegd op den eischer.

„De Raad kan dus niet treden in een onderzoek van het gevoerde sustenu; bovendien is dat sustenu onjuist en de uitspraak der regtb. juist.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST — De H.-R. d. Ned. enz.;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1844, 1966, 1967 en 1968 B.-W., benevens a. 72 en 73 der wet op de Nationale Militie, in verband met de a 1902 en 1903 B.-W., door den aan den nu verw opgedragen eed niet beslissend te verklaren;

„O. daaromtrent, dat in het bestreden vonnis wordt overwogen, dat de volmagt, zooals die door den eischer gezegd wordt te luiden, alleen strekt om voor den lastgever voor den militie-raad te verschijnen, ten einde aldaar een plaatsvervanger ter keuring aan te bieden en te dier zake de vereischte notariële akte te passeren en alles te doen wat daarbij vereischt wordt, en dat, al hebbe de gedaagde eene volmagt gegeven, zooals de eischer die doet luiden, hij daardoor nog geene bevoegdheid zou hebben verleend om namens hem eene geldelijke overeenkomst te sluiten;

„O., dat de regtb. teregt heeft geoordeeld, dat in a. 72 der wet van 19 Aug. 1861, *St.* n° 72, niet vereischt wordt te vermelden, op welke voorwaarden, om niet of tegen

belooning, de plaatsvervanging geschiedt, en dat derhalve het sluiten eener geldelijke overeenkomst niet tot de vereischten ter aanbieding van een plaatsvervanger behoort;

„O., dat het tegendeel ook niet voortvloeit uit a. 73 van evengenoemde wet, waar wel gesproken wordt van eene overeenkomst tusschen den loteling en zijn plaatsvervanger of nummerverwisselaar, maar omtrent den inhoud dier overeenkomst niets wordt beslist;

„O., dat de beslissing der regtb., voor zoover die berust op eene uitlegging der overeenkomst van lastgeving, zooals die in dezen beweerd wordt te zijn gesloten, is van feitelijken aard, en dat, voor zoover de regtb. tot die uitlegging is geleid door regtskundige overwegingen, daardoor geen der in het *middel* van cassatie aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 3027. — Arrest van 15 Junij 1888.

(Revisie).

(A. 4 en 7 v. h. Regl, der Ned. Herv. Kerk v. 1856).

Was volgens a. 7 *van het Reglement der Nederduitsche Hervormde Kerk van* 1859 *en is daarna steeds gebleven een vereischte voor het lidmaatschap der Commissie tot het bestuur voor de kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente, het lidmaatschap der Nederduitsche Hervormde Kerk, zoodat het verlies van dit lidmaatschap het verlies van het lidmaatschap dier Commissie ten gevolge heeft?* — Ja.

Heeft de Nederduitsche Gereformeerde Kerk te Amsterdam (doleerend), eene eigene organisatie en staat zij geheel buiten het Synodaal verband der Nederlandsche Hervormde Kerk, zooals dat bij a. 4 *van het Algemeen Reglement is omschreven?* — Ja.

Volgt hieruit dat toetreding tot laatstgemeld Kerkgenootschap, het lidmaatschap der Nederduitsche Hervormde Kerk doet verloren gaan? — JA.

De Proc.-G. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In het proces dat tegen den Staat is aangevangen bij dagvaarding van 6 Sept. 1886, door eene partij, die zich qualificeert als *de Commissie tot het Bestuur over de Kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam*, bestaande uit de 24 personen in die dagvaarding genoemd, heeft gevraagd als interveniente toegelaten te worden eene partij, die insgelijks beweert, die Commissie te vormen, en voor de Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam op te treden. Bij het arr. *a quo* is dat verzoek tot interventie niet-ontvankelijk verklaard, omdat, tegenover de ontkenning van de oorspronkelijke eischeresse, incidenteele verweerdsse, de interveniente hare beweerde hoedanigheid niet had bewezen, vermits uit de vier door die partij in het geding gebragte brieven van den Kerkeraad der Hervormde gemeente wel blijkt, dat de zeventien personen, die als Commissie willen optreden, tot leden dier Commissie zijn benoemd, maar die brieven onbewezen laten, dat die zeventien werkelijk vormen *de Commissie*, omdat deze, volgens hare constitutieve bepalingen, bestaat uit *vier en twintig* leden, en dus geen minder getal van personen tot vertegenwoordiging van de kerkelijke gemeente kan optreden als *de Commissie*, zoolang de zoodanige niet door justificatie van vacaturen of ander wettig bewijs aantoonen, dat beneden het reglementair getal opkomenden de regtens éénige leden, de Commissie zijn. De Raad vindt dat arr. met mijne conclusie in de *Regtspr.* CXLVI, 45. (V. D. HON. B.-R., LIII, 208). De eisch tot revisie van dat arr wordt bestreden met een *middel* van

niet-ontvankelijkheid, daarop gegrond, dat de vier Heeren, die thans zeggen voor de gemeente op te treden als *de Commissie*, daartoe niet zijn bevoegd: 1⁰ „omdat zij niet „aantoonen, dat, terwijl die Commissie reglementair uit „24 leden bestaat, zij thans de eenige leden der Commissie „zijn, en dus de Commissie vormen; 2⁰ omdat, volgens het „Reglement, geen wettig besluiten of handelen van de Com„missie mogelijk is, dan waar althans ¾ der leden van het „College kan opkomen; 3⁰ omdat zij opgehouden hebbende „lid te zijn der Nederduitsche Hervormde kerk, en speciaal „van hare Amsterdamsche Gemeente, van hun lidmaatschap „der Commissie zijn vervallen."

„Dat die exceptie niet zou *mogen* worden voorgesteld kan, dunkt mij, aan de eischers in revisie niet worden toegegeven, want al maakt zij, zooals die partij pleitte, het debat over alle vragen van het *fond* noodzakelijk, waar is de wetsbepaling die dit verbiedt? En wanneer de eischers in revisie deze instantie aanvangen met *vier* z. g. leden der Commissie, omdat *pendente lite* van de 17, die aanvankelijk optraden, 7 zijn afgetreden, 5 door censuur getroffen, hebben opgehouden lid te zijn, en 1 is overleden, waarom zouden dan de verw^s^ niet mogen beweren, dat ook die vier hangende het geding en vóór de dagvaarding in revisie, hun radicaal hebben verloren, en dus ook die vier niet bevoegd waren als DE *Commissie* voor de Gemeente deze instantie te beginnen.

„Volgens de eischers in revisie berust de uitspraak van het arr. *a quo* op een misverstand. De verzoekers tot interventie zouden wel degelijk *in prima* het *bestaan* der zeven vacatures hebben aangetoond, en, niet onderscheidende tusschen het *ontstaan* en het *bestaan* van vacatures, beroepen de eischers zich thans op de vacatures, die in de jaren 1886 en 1887 zijn ontstaan, om aan te toonen dat de vier

Heeren, die in revisie als *de Commissie* handelen, *de Commissie* vormen. Maar het is niet de vraag, of er in de twee laatste jaren plaatsen in de Commissie *vacant zijn geworden*, maar of er 20 plaatsen in de Commissie vacant waren toen deze instantie door de vier Heeren werd aangevangen. Dat feit moeten de eischers bewijzen, omdat alleen daardoor kan worden aangetoond, dat zij de qualiteit bezitten, waarin zij handelen; dat feit hebben zij echter niet bewezen, en het zou eene interversie van bewijslast zijn indien men van de andere partij vorderde, dat zij de aanvulling der ontstane vacatures door wettige benoeming, hetzij van hen die zij als leden der Commissie opgeeft, of van anderen, zal bewijzen, want men zou haar zoodoende opleggen het bewijs dat de vier heeren de Commissie NIET uitmaken.

„Maar al is de verwerende partij tot geen bewijs gehouden, al moet de eischende partij aantoonen, dat zij de qualiteit bezit waarin zij optreedt, toch verklaart zich de verw^{sse}, onder protest van ongehoudenheid daartoe, bereid van hare zijde aan te toonen, dat de vier heeren niet de eenige leden der commissie zijn, wat zij tracht te doen door er op te wijzen, dat de vacaturen P. en Y., welke de eischeresse zelve stelt, *zijn vervuld*, ten bewijze waarvan zij produceert een extract uit de Notulen der vergadering van het Classicaal Bestuur van Amsterdam, vergaderende met dertig van de overige kerkeraadsleden, doende wat des algemeenen kerkeraads te Amsterdam is, van 4 Apr. 1887.

„Of daardoor bewezen wordt, dat *op wettige wijze* in de vacaturen is voorzien? Ik geloof het niet, en ik moet mijn twijfel motiveren, omdat de verw^{sse} aan haar m. i. superabundant betoog op dit punt, blijkbaar groote waarde hecht.

„Het is *in confesso*, dat bij besluit van de Algemeene Synode van 1 Dec. 1886 zoo vele leden van den reglementair uit 140 leden bestaanden kerkeraad, uit hunne kerke-

lijke bedieningen en ambten werden ontzet, dat het aantal leden daalde beneden $\frac{2}{3}$; en het Algemeen Reglement voor de Hervormde kerk bepaalt, dat geen kerkelijk bestuur eenig besluit neemt, dan bij tegenwoordigheid van minstens $\frac{2}{3}$ der leden, waaruit het bestaan moet, tenzij de vergadering wegens ongenoegzaam getal van leden reeds eenmaal was uiteengegaan, en ten tweeden male tot behandeling der zaak wettiglijk was opgeroepen Gold nu op dat oogenblik nog onveranderd de bepaling van a. 1 van het Synodaal Reglement voor de Kerkeraden, het zou de vraag zijn of het geval, dat zich hier voordeed, wel was dat, hetwelk het 2e lid van gemeld a. op het oog heeft. En ontkennend is die vraag beantwoord in de door de eischsse overgelegde adviezen van de Heeren FARNCOMBE SANDERS, prof. LINTELO DE GEER en VAN BEMMELEN, alsmede in eene zeer belangrijke conclusie van den Subst.-Off.-v.-J. te Amsterdam Mr. DE KOCK, conclusie, die, met het daarop gevolgde vonnis van de regtb. te Amsterdam, is uitgegeven door Mr. HEINEKEN, en bestreden in de *Kerkelijke Courant* van 19 Maart 18*7, n^0 12.

„Hier is echter die vraag niet aan de orde; want de vervulling der beide vacaturen had plaats onder vigueur van het bij besluit van de Algemeene Synode van 13 Aug. 1886 aangevulde a. 1 van het Reglement op de Kerkeraden, door de toevoeging van eene alinea, houdende: „in„dien ten gevolge van bedanken, afscheiding, schorsing „of ontzetting van leden van den kerkeraad eener Gemeente, „hun aantal gedaald is beneden twee derden der leden „waaruit deze bestaan moet, en het Classicaal bestuur mits„dien, naar al. 2 van dit artikel, moet doen wat des kerke„raads is, doch in dit opzigt de uitoefening zijner kerkelijke „betrekking verzuimt, doet het Provinciaal kerkbestuur in „zulk een gemeente wat des kerkeraads is, en kan zich door

„eene commissie uit zijn midden voor de gevallen in al. 4 „genoemd, laten vertegenwoordigen. En dat die bepaling de strekking heeft niet slechts om aan het Provinciaal Kerkbestuur eene bevoegdheid toe te kennen, die het vroeger niet had, maar ook om door eene authentieke interpretatie weg te nemen een twijfel, waartoe de redactie van het 2e lid van a. 1 van het Reglement van de kerkeraden aanleiding had gegeven en te bepalen, dat de verpligting van het Classicaal bestuur, om te doen wat des kerkeraads is, ook daar bestaat, waar, ten gevolge van bedanken enz., het ledental van een kerkeraad beneden ⅔ van het reglementair getal gedaald is, kan m. i. niet meer betwijfeld worden na het betoog, dat de regtb. alhier, met een beroep op de geschiedenis der quaestieuse bepaling, bij haar vonnis van 28 Febr. 1888 geleverd heeft.

„Toch geloof ik niet, dat die bepaling de vervulling der vacaturen, op de wijze als bij de Notulen van 4 April 1887 is geconstateerd, goedmaakt.

„Dat de Synode onbevoegd is zich met het beheer in te laten, en dan ook het beheer niet heeft geregeld, is, meen ik eene stelling waarvan de juistheid algemeen wordt erkend. Dit aan te toonen ligt niet op mijn weg, want het tegendeel heeft de verwsse niet trachten te betoogen, maar wil men in die kwestie doordringen, men leze de in 1874 te Utrecht verschenen brochure *„De Synode en het beheer der kerkelijke goederen in de Hervormde Kerk"* en Mr. Buma, *De onbevoegdheid van de alg. Syuode der Ned. Hervormde Kerk tot het regelen van het beheer der plaatselijke kerkegoederen.* Wel heeft de Synode nog in 1874 beproefd uitvoering te geven aan het 2e lid van a. 65 van het in 1852 door haar vastgestelde Algemeene Reglement, inhoudende, dat omtrent de administratie der bijzondere Kerk-, pastory-, custory- en andere gemeente-fondsen en de betrekking tusschen der-

zelver bestuurders en de kerkeraden, nadere bepalingen zullen worden ontworpen; maar het wordt door prof. DE GEER in zijne bestrijding van Mr. LEVY's „*De Amsterdamsche kerk-tuchtzaak*" herinnerd, het door de Synode ontworpen reglement vond zooveel tegenstand, dat de Synode het weer introk, en a. 65 al. 2 een doode letter bleef Of zijn welligt de synodale reglementen, die in het algemeen alleen *het bestuur* en niet *het beheer* betreffen, te Amsterdam ook op dit laatste toepasselijk? Ik zou het niet durven beweren.

„Door de verwsse werd bij pleidooi er op gewezen, dat in 1810 voor Amsterdam *het beheer* is opgedragen aan *den Kerkeraad* Maar daaruit volgt, dunkt mij, niets anders dan dat de Amsterdamsche kerkeraad eene tweeledige functie heeft: *bestuur* en *beheer;* dat te Amsterdam *bestuur* en *beheer* zijn in ééne hand; doch volstrekt niet, dat de kerkeraad te Amsterdam *in zake van beheer* de bepalingen der Synodale reglementen moet naleven, en dus ook niet, om bij het geval, dat ons hier bezig houdt, te blijven, dat de kerkeraad te Amsterdam in zake van beheer onbevoegd is te handelen en te beslissen met een kleiner getal dan $\frac{2}{3}$ van het reglementaire aantal leden, en ook niet, dat, waar het aantal leden van den kerkeraad beneden dat cijfer is gedaald, het classicaal bestuur de *beheersfunctien* van den kerkeraad, alleen of met de nog overige leden van dien raad, zou mogen of moeten uitoefenen.

„Ja maar, zeggen de verws, wie *de kerkeraad* is, dat moeten dan toch de synodale reglementen uitmaken. Ik zal het niet tegenspreken; maar ik ontken dat het Classicaal Bestuur, dat in het geval en op de wijze van de nieuwe bepaling van a. 1 van het Reglement op de kerkeraden optreedt, volgens dat reglement, of volgens eenige andere reglementaire bepaling, *de kerkeraad* is, vermits door daling

van zijn ledental beneden $\frac{2}{3}$ de kerkeraad *niet ophoudt te bestaan*, maar, zoolang hij in dien toestand van onvoltalligheid verkeert, onbevoegd is tot handelen in *zake van bestuur*, en alleen van *bestuur*, en de classis dan ook, volgens het Reglement zelf, in dat geval, vergaderende op de wijze als bij het derde lid van het a. is voorgeschreven, niet is *de kerkeraad uit andere bestanddeelen opgebouwd*, maar eene vergadering om te doen *wat des kerkeraads is*, dus eene vergadering om de *bestuursfunctien* van den kerkeraad waar te nemen. Het was dus door de vergadering van den algemeenen kerkeraad, die nog bestond, al was zijn ledental niet groot genoeg om in *bestuurszaken* te kunnen handelen, dat ingevolge a. 3 van het Reglement voor de commissie in de vacaturen P. en Y. had behooren te worden voorzien, en de vergadering van 4 April 1887, zamensteld uit het Classicaal bestuur en de 30 daarin opgekomen leden van den kerkeraad, was daartoe onbevoegd.

„Men behoeft dus niet zijn toevlugt te nemen tot de in 1875 en 1885 door den kerkeraad en het Reglement voor de commissie gemaakte veranderingen, om de ongeldigheid der op 4 April 1887 gedane benoemingen te bewijzen; en daarom bepaal ik mij hier, wat dit punt betreft, onder verwijzing overigens naar de reeds geciteerde adviezen, tot de opmerking dat bij a. 41 van het Reglement voor de commissie van 1859 de kerkeraad zich voorbehouden heeft veranderingen en bijvoegselen in dat Reglement te maken; dat dit voorbehoud niet in strijd is met eenige bepalingen van de synodale reglementen, welke de bevoegdheid des kerkeraads in *beheerszaken* niet regelen; dat ook door de wijzigingen in a. 1 van het Reglement gebragt geene bevoegdheid van eenig hooger kerkelijk college is miskend of verkort, en die wijzigingen ook niet door eenig hooger kerkelijk college konden worden te niet gedaan,

omdat aan de hoogere kerkelijke collegiën bij de synodale reglementen geenerlei bevoegdheid is toegekend om de beheersaangelegenheden te regelen. *Nec refert* dat bij het door de verw^sse^ geproduceerde besluit van den kerkeraad van 11 Julij 1887 de besluiten van het Classicaal bestuur, doende wat des kerkeraads is, van 22 Maart—28 April 1886 zijn bekrachtigd en gehandhaafd, en de successievelijk door het Classicaal bestuur, doende wat des kerkeraads is, gedane benoemingen zijn goedgekeurd, want dit besluit is *posterieur* aan de dagvaarding in revisie, zoodat, al mogt daaruit kunnen worden afgeleid, wat ik hier niet behoef te onderzoeken, dat de onwettige handelingen en benoemingen van het Classicaal bestuur, doende wat des kerkeraads is, tot wettige handelingen en benoemingen zijn verheven, en voortaan als zoodanig gelden moeten, toch daaruit niet kan volgen, dat die handelingen en benoemingen wettig waren toen in revisie werd gedagvaard, dat toen reeds bestonden wettige benoemingen waardoor in de vacaturen P. en Y. was voorzien.

„Doch gesteld het Classicaal bestuur, doende wat des kerkeraads is, heeft hier gehandeld binnen de perken zijner bevoegdheid, mogt dan ook de stemming op deze wijze plaats hebben?

„Uit de Notulen der vergadering van 4 April 1887 blijkt, dat in die vergadering zijn opgekomen, behalve het Classicaal bestuur, 30 (29?) van de nog tot optreding bevoegde leden van den kerkeraad, en dat, terwijl door deze laatsten *dertig*, door of voor de ter vergadering aanwezige zeven leden van het Classicaal bestuur *acht en tachtig* stemmen ter vervulling van de voormelde vacaturen werden uitgebragt. Het Classicaal bestuur schijnt aldus gehandeld te hebben met het oog op a. 9 van het Alg. Reglement. Maar uit dit a. kan wel volgen, dat de vergadering, zamenge-

steld op den voet van a. 1 van het Reglement op de kerkeraden, geen besluit mag nemen dan bij tegenwoordigheid van minstens ⅔ der leden, *waaruit die vergadering bestaan moet*, maar zeker niet, dat wanneer het Classicaal bestuur, overeenkomstig gemeld a. 1 vergadert om te doen wat des kerkeraads is, de stem van het Classicaal bestuur of zijne gecommitteerden wordt gerekend zoo velen te gelden als er leden van den kerkeraad ontbreken. Zoo iets moge te vinden zijn in het Provinciaal Reglement voor de kerkeraden in Noordbrabant, voor Amsterdam bestaat het niet, en het moge gebruikelijk zijn zoo te handelen, ik houd dat gebruik voor een misbruik, dat gewraakt wordt door de a. 8 en 10 van het Alg. Reglement, en ook geen grond vindt in de reglementaire bepalingen betreffende de benoeming der commissie-leden.

„Al neemt men dan ook aan, dat alle de bij de reglementen voor de verkiezing van commissie-leden voorgeschreven formaliteiten in deze buitengewone omstandigheden mogten worden verzuimd, toch zou alleen door eene ONWETTIGE stemming in de vacaturen P. en Y. zijn voorzien. Of is die bedenking, tegen de stemming irrelevant, omdat de benoemingen hebben plaats gehad *met algemeene stemmen?* Dat beweert de verw^sse^, doch m. i. ten onregte, omdat niet anders mogt gestemd worden dan op de wijze bij het Reglement voorgeschreven, bij eene stemming als deze de waarborgen door den kerkelijken wetgever ter verzekering eener geheele vrije stemming gewild, ontbreken, eene vergadering, waarin de leden van het Classicaal bestuur als een collectief, een zeker aantal stemmen uitbrengend ligchaam zitting nemen, bij de reglementen niet is bekend, en dan ook in deze onwettige vergadering niet alle, maar slechts ongeveer de helft van de nog overblijvende leden van den kerkeraad zijn opgekomen.

Omtrent den tweeden grond voor de beweerde niet-ontvankelijkheid aangevoerd, zal ik kort zijn, want ik heb daaromtrent reeds bij de behandeling in eersten aanleg mijn gevoelen gezegd, en nieuwe argumenten zijn niet aangevoerd. Het Reglement voor de Beheers-commissie spreekt niet van *twee derde der leden, waaruit de commissie bestaan moet*, maar slechts van *twee derde der leden*. Maar ik neem aan, dat men heeft bedoeld ⅔ *van het reglementair ledental.* En nu is een van tweeën waar, of a. 12 van het Reglement ziet alleen op het geval dat ⅔ der leden, waaruit de commissie moet bestaan, *tegenwoordig kunnen zijn*, en dan mist het alle toepasselijkheid, waar het ledental beneden ⅔ is gedaald, en dus ook na eene tweede oproeping geen ⅔ kunnen opkomen; of de bepaling is algemeen voor alle gevallen, dat in eene eerste vergadering geen ⅔ van het reglementaire ledental present is, en dan moet de tweede oproeping ook in een geval als zich hier voordoet plaats hebben, al is die tweede oproeping nog zoo doelloos maar kan na de tweede oproeping gehandeld worden. Nergens is bepaald, dat de commissie, wanneer zij beneden ⅔ van haar ledental gedaald is, *ophoudt te bestaan*, en zal men haar niettemin in dat geval tot handelen onbevoegd verklaren, dan zal zij ook de meest dringende conservatoire maatregelen niet kunnen nemen, zal ook eene andere vergadering dat niet in hare plaats kunnen doen, vermits in de reglementen geen bestuur is aangewezen om te doen wat *der commissie is*, en dan zullen wel benoemingen ter aanvulling kunnen plaats hebben, maar dan zal het nadeel geleden zijn. Zou het reglement dat mogelijk maken? Dan is het geen meesterstuk.

„En eindelijk het derde punt.

„Het lidmaatschap van de Nederduitsche Hervormde kerk is het eerste vereischte voor het lidmaatschap in de com-

missie, en de diensttijd van de leden der commissie is bepaald op vier jaren, *voor zooverre zij de vereischten tot het lidmaatschap zoo lang behouden* (zie a. 7 Reglement van 1859, 6 van dat van 1875—1885). Verlies van een der vereischten voor het lidmaatschap heeft dus verlies van het lidmaatschap in de commissie ten gevolge, en indien de verwsse aantoont, dat de vier heeren, die als *de commissie* optreden, toen zij deze instantie aanvingen, hadden opgehouden lidmaat te zijn van de Nederduitsche Hervormde kerk, dan is hare exceptie gewonnen.

„Men houdt volgens a. 3 van het Algemeen Reglement op tot de Nederlandsche Hervormde kerk te behooren, wanneer men door woord of daad ten duidelijkste toont zich van haar af te scheiden. En nu brengt de verwsse in het geding een beslissing van het Classicaal bestuur, doende wat des bijzonderen kerkeraads van de Nederduitsche Hervormde gemeente te Amsterdam is, van 10 Dec. 1886, waarbij is geconstateerd, dat deze vier Heeren ten duidelijkste getoond hebben zich af te scheiden van de Nederlandsche Hervormde kerk, en derhalve opgehouden hebben tot die kerk te behooren.

„Maar heeft de verwsse nu daardoor hare stelling bewezen? Ik meen van neen. Al neemt men aan, dat de constateringen van het Classicaal bestuur op dit punt moeten worden aangemerkt als constateringen *van den Bijzonderen Kerkeraad*, het bewijs, dat die kerkeraad de aangewezen autoriteit is om te constateren welke leden zich hebben afgescheiden, ontbreekt. En men beroepe zich niet op het bij a. 2 van het Reglement voor opzigt en tucht, en bij a. 14 van het Reglement voor de kerkeraden, aan de kerkeraden opgedragen opzigt; want regt van opzigt in eene vereeniging geeft nog geene bevoegdheid om uit te maken wie heeft opgehouden tot de vereeniging te behooren, even-

min als die bevoegdheid volgt uit de verpligting om registers van leden te houden, of om lijsten van stemgeregtigden op te maken, en DE SYNODE, die, volgens a. 61 Alg. Reglement, is de hoogste wetgevende, regtsprekende en besturende magt, moge bevoegd zijn uit te maken of iemands woorden of daden van dien aard zijn, dat daaruit zijne afscheiding kan worden afgeleid (en dat schijnt de meening te zijn van de Haagsche regtb.) de bijzondere kerkeraad, of het in zijne plaats optredende Classicale bestuur, heeft geene andere bevoegdheden dan hem bij de reglementen zijn toegekend, en daartoe behoort deze niet

„Het is daarom hier nog de vraag of de beweerde afscheiding door woord of daad is aangetoond; want eene kerkelijke autoriteit die uitsluitend tot beantwoording dier vraag bevoegd zou zijn, is zeer zeker in de reglementen niet aangewezen. De verw[sse] stelt, dat de vier bedoelde heeren reeds vóór de dagvaarding in revisie, waren leden van de zich noemende Nederduitsche Gereformeerde kerk van Amsterdam (doleerende), waarvan de verw[sse] het kerkeraadsboekje 1887—1888 overlegt. Dat feit wordt door de eisch[sse] niet ontkend; men zie hare procureurs-akte van 1 Dec. 1887. Maar dan is ook de beweerde afscheiding bewezen

„Wie ook de onwettigheid der Synodale organisatie moge kunnen beweren, dat kunnen in dit geding niet doen, en doen ook niet, deze vier heeren, die stellen tot leden der Commissie te zijn benoemd *door den Algemeenen Kerkeraad*, kerkeraad, die is gekozen en zamengesteld volgens de synodale reglementen, en dus, krachtens die synodale reglementen bestaat, om uit te oefenen de functiën die hem bij die reglementen zijn opgedragen Ook kan het niet betwijfeld worden, dat *de Nederduitsche Hervormde Kerk* in het Reglement voor de Commissie bedoeld, is de Neder-

landsche Hervormde Kerk, al ware het slechts omdat in 1859 in het Reglement werd opgenomen de bepaling (men zie a. 29), dat de Commissie zich in haar beheer en bestuur gedraagt overeenkomstig het beginsel dat de kerkeraad het ligchaam is vertegenwoordigende de Gemeente *in overeenstemming met a.* 19, *al.* 4, *van het Alg. Reglement voor de Hervormde Kerk in het Koningrijk der Nederlanden* en omdat ook hier wel zal gelden *qu'il faut juger les écrits d'après leur date.* En wanneer deze vier heeren vóór den aanvang dezer instantie zijn toegetreden, zooals gesteld en erkend is, tot de doleerende Nederduitsch gereformeerde kerk te Amsterdam, die, zooals uit het overgelegde kerkeraadsboekje blijkt, wat ook niet wordt tegengesproken, heeft hare eigene organisatie, haar eigen bestuur, hare eigene Dienaren des Woords, hare eigene bedehuizen, *dus die geheel staat buiten het Synodaal verband*, dan mogen zij kunnen beweren nog altijd te behooren tot die Gereformeerde Kerk, die als gemeenschap van geloovigen, onafhankelijk van elke zigtbare organisatie bestaat, maar dan hebben zij verlaten *de Nederlandsche Hervormde Kerk*, die niet is een onzigtbaar, maar een bij synodale reglementen, zij het dan ook, zooals velen beweren, in strijd met de gereformeerde beginselen, georganiseerd ligchaam, dan hebben zij verlaten die kerk, waarvan zij lid *moeten* blijven om lid van de Amsterdamsche beheers-commissie te *kunnen* blijven, en hebben zij hun lidmaatschap in die Commissie verloren.

„Het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid komt mij in zijn eerste en laatste onderdeel gegrond voor, en mijne conclusie strekt dus tot niet-ontvankelijk-verklaring van de eisch[sse] in haren eisch tot revisie, met veroordeeling van de vier personen die als de Commissie zeggen voor de kerkelijke gemeente op te treden, in de kosten dezer instantie."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„Ten aanzien van de feiten en de procedures vooraf gegaan aan het op 6 Mei 1887 in eersten aanleg tusschen partijen gewezen arr., zich gedragende aan en overnemende het verslag daarvan in dat arr., en voorts:

„O., dat de toenmalige verzoekster tot interventie, zich qualificerende als de Commissie tot het bestuur over de kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam, daarbij is verklaard niet-ontvankelijk in haar verzoek tot interventie en de verzoekers tot interventie in hun privé zijn veroordeeld in de kosten van het incident, ook die aan de zijde van den Staat gevallen;

„O., dat de tegenwoordige eischers in revisie, zich eveneens qualificerende, na bij beschikking van den H.-R. den dag daartoe te hebben doen bepalen, den Staat der Nederlanden te zamen met „de zich noemende Commissie tot het bestuur over de kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam" hebben doen dagvaarden om op 2 Sept. 1887 voor den H.-R., en wel voor de benoemde Raden-Commissarissen te verschijnen, waarna zij hunne bezwaren tegen het bestreden arr. hebben uiteengezet bij beteekende memorie, en hunne wederpartij die memorie in gelijken vorm heeft beantwoord, terwijl de mede-ged. zich heeft gerefereerd aan de beslissing van den H.-R.;

„dat, nadat de zaak voor Raden-Commissarissen was voldongen, ter teregtzitting door partijen is geconcludeerd overeenkomstig de slotsom der over en weder beteekende memoriën, en wel door eisch^{sse} in revisie: „dat de H. R. herzie zijn in eersten aanleg gewezen arr. en alsnog aan de verzoekster de verzochte interventie toesta, met ver-

oordeeling naar regten van de tegensprekende partij in alle kosten van beide instantiën;

„die van de ged. in revisie;

„dat het den H.-R. behage de zoogenaamde Commissie, eisch^sse in revisie, of wel de personen die gezegd worden die Commissie uit te maken, niet-ontvankelijk te verklaren in den eisch in revisie, met veroordeeling van die zoogenaamde Commissie of wel van de personen die gezegd worden die Commissie uit te maken, in de kosten van revisie;"

„en die van den Staat, mede-verw. in revisie: „dat de mede-verw. zal gehouden worden buiten kosten en die der partijen die in het ongelijk zal worden gesteld, tevens zal worden veroordeeld in de kosten den Staat veroorzaakt";

„waarop door de eisch^sse in revisie, geëxcipieerde, is geantwoord en geconcludeerd tot afwijzing der exceptie, met veroordeeling in de kosten regtens, en ten principale conform de beteekende schriftuur tot herziening van het in eersten aanleg gewezen arr, het toestaan alsnog der gevraagde interventie en veroordeeling in alle de kosten regtens;

„O., dat de eischers in revisie opkomen tegen een arr. van den H.-R. der Ned. van 6 Mei 1887, waarbij zij niet-ontvankelijk zijn verklaard in een verzoek tot interventie in een proces, dat tegen den Staat is begonnen bij dagvaarding van 6 Sept. 1886 door de verw^sse in revisie;

„O., dat dit verzoek om revisie in de eerste plaats is bestreden door een middel van niet-ontvankelijkheid, rustende op drie gronden:

„1° dat de vier heeren, die den eisch tot revisie instellen, niet aantoonen dat, terwijl de Commissie reglementair uit 24 leden bestaat, zij thans de eenige leden dier Commissie zijn en dus die Commissie vormen;

„2º dat volgens het Reglement geen wettig besluiten of handelen mogelijk is dan waar althans $\frac{2}{3}$ der leden van het College kunnen opkomen, en

„3º dat de vier heeren onbevoegd zijn op te treden voor de Commissie voor wie zij zulks zeggen te doen, omdat zij door woord en daad ten duidelijkste getoond hebben zich van de Nederlandsche Hervormde Kerk af te scheiden, en dat daardoor hun lidmaatschap van de Commissie verviel, vermits toch, vooral voor gemeenteleden welke in deze Commissie zitting hebben, een hoofdvereischte wel zal zijn, dat men is lid dier kerk en speciaal der Amsterdamsche Gemeente;

„O. ten aanzien van dien derden grond, dat een eerste vereischte voor het lidmaatschap der Commissie tot het bestuur voor de kerkgebouwen, goederen, fondsen en inkomsten der Nederduitsche Hervormde Gemeente, volgens a. 7 van het Reglement der Nederduitsche Hervormde Kerk van 1859, is, en ook daarna steeds is gebleven, het lidmaatschap der Nederduitsche Hervormde Kerk, zoodat het verlies van dit lidmaatschap het verlies van het lidmaatschap dier Commissie ten gevolge heeft;

„O. dat de excipienten beweren, dat de vier in deze optredende heeren door woord en daad ten duidelijkste getoond hebben zich van de Nederduitsche Hervormde Kerk af te scheiden en ten bewijze daarvan hebben overgelegd een Besluit van het Classicaal Bestuur, doende wat des bijzonderen Kerkeraads van de Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam is van 10 Dec. 1886 (Geregistreerd enz.) waarbij zulks is geconstateerd:

„O. dat, daargelaten de vraag, of het Classicaal bestuur, doende wat des bijzonderen Kerkeraads van de Nederduitsche Hervormde Gemeente te Amsterdam is, tot het constateren van zoodanige afscheiding bevoegd is, in allen

gevalle vaststaat dat de 4 bedoelde heeren reeds vóór de dagvaarding in revisie waren leden van de Nederduitsche Gereformeerde Kerk te Amsterdam (doleerende), welk feit door de verw[s] in revisie is gesteld en door de eischers niet is tegengesproken;

„O., dat die kerk, gelijk uit het overgelegde Kerkeraadsboekje blijkt en ook door de eischers in revisie niet is tegengesproken, heeft eene eigene organisatie en geheel staat buiten het Synodaal verband der Nederlandsche Hervormde Kerk, zooals dat bij a 4 van het Algemeen Reglement is omschreven;

„O. dat die heeren dus, door, — met de kennelijke bedoeling om zich geheel te onttrekken aan het voormelde bestuur van de Nederlandsche Hervormde Kerk, — leden te worden van een ander Kerkgenootschap dan dat waarvoor zij thans optreden, getoond hebben niet meer te zijn leden van dit laatste, en dus ook niet meer kunnen zijn leden der Commissie waarvoor zij thans optreden;

„O., dat zij derhalve reeds op dezen grond moeten worden verklaard niet-ontvankelijk in hunnen eisch tot revisie van bovengemeld arr., en dat het derhalve onnoodig is de beide eerste gronden te onderzoeken:

„Verklaart de eischers niet-ontvankelijk in hunnen eisch tot revisie;

„Veroordeelt hen ieder in privé in de kosten in revisie gevallen."

N⁰. 3028. — Arrest v. 15 Junij 1888.

(A. 879, al. 2 K en a. 1331 B.-W.)

Kennen de a. 879, *al.* 2, *K en* 1331 *B.-W. den endossant van een wissel, als borg, regt van verhaal toe tegen*

den trekker, als hoofdschuldenaar, tot schadeloosstelling? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„*In facto* staat vast dat P. R., thans failliet, tot korting zijner schuld, aan den nu mede gefailleerden kassier v. L. heeft afgegeven een order-biljet groot *f* 12000, hetwelk door laatstgenoemde gedisconteerd is bij de Nederlandsche Bank.

„Die Bank heeft als houdster der promesse, die ten vervaldage niet is voldaan, zich voor het volle bedrag van *f* 12000 in beide faillissementen doen verifieren, zonder dat daartegen, van welke zijde ook, eenig verzet is gedaan. Bij de tweede verificatie in het faillissement R. is behalve de Bank, ook opgekomen de curator in het faillissement v. L, vorderende als crediteur te worden erkend wegens de schade die v. L.'s boedel had geleden ten gevolge van het niet-betalen door R. aan de Bank der bovengenoemde promesse; het bedrag van welke schade gelijk staat met het aantal percenten, dat de boedel v. L aan de Bank als concurrente creditrice zal uitkeeren.

„De curator van R. heeft zich tegen die vordering verzet; de zaak is door den Regter-commissaris verwezen naar de regtb. van 's Bosch, en deze heeft het verzet ongegrond geoordeeld.

„De regtb. besliste dat hoezeer beide partijen ten onregte waren uitgegaan van de stelling, dat de Bank zich in beide faillissementen voor het volle bedrag had kunnen laten verifieren en, wanneer dit juist ware, de vordering zou moeten worden ontzegd, dat zij echter kan worden toegewezen, wel niet onvoorwaardelijk, maar voorwaardelijk, voor het geval de boedel v. L. eerder liquideerde, omdat dan de uit zijn boedel gedane uitkeering den boedel van

R. zal hebben ontlast; dat waar het meerdere gevorderd was, het mindere kon worden toegewezen en dat mitsdien de curator in zake v. L. als crediteur onder voorzegde voorwaarde behoorde te worden toegelaten.

„In hooger beroep heeft het Hof te 's Bosch die uitspraak bevestigd, en tegen diens arr. zijn *drie middelen* van cassatie aangevoerd.

„Het *eerste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a 198 j° 878, a. 146 en 209 K., omdat ten onregte is beslist, dat de houder van een geprotesteerden wisselbrief, bij faillissement van meerdere wissel-debiteuren niet onvoorwaardelijk bevoegd zou zijn verificatie te eischen voor het bedrag der wisselschuld.

„Partijen zijn uitgegaan van de stelling dat de houder van een geprotesteerden wisselbrief onvoorwaardelijk voor het volle bedrag zich in alle de failliete boedels kan laten verifieren; de regtb. verwerpt die stelling en zegt ware dit zoo, dan zou een boedel tweemaal over dezelfde schuld procenten uitkeeren; doch hij kan worden toegelaten, wanneer hij werkelijk zal blijken betaald te hebben en alzoo den boedel R. te hebben ontlast.

„De regtb. neemt dus aan, dat wanneer v. L. 20 pCt heeft voldaan, de Bank slechts voor 80 pCt in den boedel van R. zou kunnen worden geverifieerd.

„Naar mijne overtuiging moet de houder van den geprotesteerden wisselbrief voor het volle bedrag in iederen boedel worden geverifieerd.

„De strekking van het wisselregt, dat zoo zeer op het vertrouwen is gebaseerd, is om de wisselschuld te bevoorregten en te zorgen, dat deze zooveel mogelijk integraal worde betaald.

„Dit nu wordt onmogelijk wanneer in de opvolgende boedels, de vordering telkens met de genoten percenten moest

worden verminderd; het zou zijn in strijd met den aard der solidariteit van de schuld, zoo opvolgende boedels die het geheel verschuldigd zijn, slechts procenten van procenten zouden betalen.

„Met a. 198, al. 2, K. heeft deze quaestie niet te maken; daarbij is de rede niet van het zich doen verifieren, maar van het bedrag, waarmede een andere boedel later zal blijken ontlast te zijn.

„Nu is de juiste opmerking gemaakt, dat ten gevolge van het *in facto* omtrent de verificatie vaststaande, in verband met de gegeven beslissing, dezelfde schuld tweemaal zou worden gekweten, in strijd met alle regtsbeginselen, en dat de houder meer zou kunnen ontvangen dan zijn 100 pCt. Daarom wil het mij voorkomen, dat deze bezwaren worden opgelost wanneer aan de voorwaarde van voorafgaande liquidatie van den boedel v. L., ware toegevoegd de voorwaarde, dat, indien de Bank in het geheel meer dan 100 pCt zou ontvangen, de endossant uit dat meerdere zal ontvangen datgene waarmede hij zijn boedel heeft belast.

„Dat alles kon eerst blijken bij de verevening, en dan wordt al. 2 van a. 198 toegepast; dan kunnen er wel moeijelijkheden voorkomen, die echter in ieder gegeven geval door den *judex facti* moeten worden opgelost. A. 878 K. gaat van hetzelfde beginsel uit als a. 198, al. 1; daarbij is echter sprake van een gewonen schuldeischer, die schuld opvordert; in a. 198 daarentegen van een houder van een geprotesteerden wisselbrief, tegenover wien de personen die dat stuk geteekend hebben, gebonden zijn den wissel te honoreren.

„Zooals hierboven de quaestie naar mijne meening moet opgelost worden, vervallen de bezwaren der regtb. tegen de toelating van den houder voor 100 pCt in alle boedels en

de toelating ook van endossanten tevens ook als voorwaardelijke crediteuren bij de verificatie.

„Voor beide meeningen zijn intusschen belangrijke gronden aangevoerd; ze kunnen echter buiten verdere beschouwing blijven, omdat al mogt opgaan de meening dat het *dictum* min juist is, het *eerste middel* ongegrond is.

„De quaestie toch loopt over een regres-regt, dat bij onze wisselwet niet is geregeld. A. 198, al 1, regelt eenvoudig de regten van den houder in cas van faillissement, in tegenstelling met a. 186 K, waarbij de wijze van aanspreken in gewone gevallen is aangeduid. Al. 2 betreft de verificatie *niet;* a. 878 handelt over regten van den gewonen schuldeischer tegenover solidair verbonden schuldenaars en a. 146 bevat het voorschrift omtrent de solidariteit van al degenen, die een orderbiljet teekenden.

„In geen daarvan is sprake van het regresregt, dat de endossant van een orderbiljet in cas van faillissement tegenover den faillieten trekker heeft, en dat zou noodig zijn, wilden die a zijn geschonden of verkeerd toegepast; het *middel* is daarom ongefundeerd.

„Als *tweede middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 822 en 830 K., omdat ten onregte is beslist dat de plaatsing op de lijst der erkende schuldeischers niet zou geven een onherroepelijk regt om procenten te genieten volgens het geverifieerd bedrag.

„De Raad zal bij inzage van die a. zien, dat zij eenvoudig regelen de wijze van verificatie, maar niets bepalen omtrent de regten der crediteuren.

„Meer bepaald is gewezen op a. 830, al. 2, aan de crediteuren ter 2e verificatie het regt ontzeggende om te betwisten de lijst ter eerste verificatie vastgesteld, maar daaruit vloeit niet voort eene onherroepelijkheid, die de geverifieerde bij de verevening zou kunnen doen gelden.

„Geverifieerde schuldeischers hebben in den regel regt op de percenten van het ten hunnen bate geverifieerd bedrag hunner schuldvorderingen; maar daarbij blijft hun regt. Blijkt later van betaling of vermindering van schuld, dan zal zulks bij de verevening in rekening worden gebragt. Wanneer iemand een armen schuldeischer in een faillissemement, zijn schuld ten volle betaalt om dezen te helpen en tevens den failliet daardoor in staat te stellen een accoord aan te bieden, dan zal de verificatie den betaalden schuldeischer geen regt geven, om bovendien de procenten van het accoord op te steken.

„Het *laatste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 198 j° 878 en 879, a. 146 en 209 K j° a° 1331 B.-W.; omdat het Hof op de gronden der beide praemissen in de vorenstaande *cassatie-middelen* vervat, is gekomen tot de onjuiste slotsom, dat de curators in een faillissement verificatie kunnen vorderen van het bedrag, hetwelk die boedel later zal blijken te hebben betaald aan een schuldeischer van beide boedels, en zulks nadat deze schuldeischer als houder van een geprotesteerden wisselbrief voor het volle bedrag der wisselschuld was erkend zoowel in hunnen boedel (dien van den endossant des wissels), als in den tweeden (dien van den trekker en acceptant).

„Ook dit *middel* acht ik ongegrond; wat a 198, 878 en 146 K. aangaat, omdat daarbij niet wordt gesproken van het toelaten ter verificatie van een endossant van een accept voor een bedrag, hetwelk hij zal blijken daarop te hebben verstrekt; maar van verhouding tusschen den houder van een geprotesteerd accept en de wissel-debiteuren, terwijl het *middel* de aangenomen onderlinge verhouding der wissel-debiteuren wraakt.

„De a 879 K. en 1331 B.-W. regelen de regten, die de borgen in de daar gegeven gevallen kunnen doen gelden, maar bevatten geene voorschriften, krachtens welke een borg zijn

regt tegenover den hoofdschuldenaar zou kunnen geldig maken.

„Ik houd dus deze voorziening voor ongegrond en concludeer dat zij zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer *qq* in de kosten

„Over deze quaestiën raadplege men deze uitspraken: Regtbank 's Bosch 15 Junij 1870 en van den Haag dd° 28 Junij 1870, *Mag. van Handelsregt* p. 156 en volg. — Regtb. Zwolle 26 Junij 1877, *Weekbl.* n° 4153 en Hof Arnhem 17 Apr. 1878, *Weekbl.* n° 4258, en de schrijvers KIST Dl. II, bl. 247 volg. Dl. VI, bl 200; DE MAREZ OYENS bl. 208 volg. *Bijdragen* Dl. XXI, 1871, bl. 100 volg.; VOORDUIN Dl. X, bl. 813. ASSER, c. s., ad 198 bl. 77; HOLTIUS, *Faillietregt* ad a. 878, bl. 426 en Dl. I, p. 433; DIEPHUIS Dl. I, bl. 268 n° 10; LAND, *Wisselregt* bl. 234 volg.; LIPMAN, *Kooph.* bl. 53."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 198 j° 878, 146 en 209 K., omdat het Hof, met bevestiging van een vonnis der arr. regtb. te 's Hertogenbosch op 3 Dec. 1886 gewezen, ten onregte heeft beslist dat de houder van eenen geprotesteerden wisselbrief, bij faillissement van meerdere wissel-debiteuren, niet onvoorwaardelijk bevoegd zou zijn verificatie te eischen voor het volle bedrag der wissel-schuld;

„O. daaromtrent, dat dit *middel* reeds daarom nooit tot vernietiging van het beklaagde arr. zou kunnen leiden, omdat de a. 198 en 878 K. handelen over de regten van den houder van een geprotesteerden wisselbrief bij faillissement van hen, die volgens de wissel-verbindtenis aansprakelijk zijn, niet over het regres dat deze laatsten op elkander kunnen hebben, terwijl in het onderhavig geding alleen hiervan sprake is;

„dat op dien grond het *eerste middel* moet worden verworpen;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 822 j° 830 K., omdat ten onregte is beslist, dat de plaatsing op de lijst der erkende schuldeischers in een faillissement niet zou geven een onherroepelijk regt om procenten te genieten volgens het geverifieerd bedrag;

„O. daaromtrent, dal ook dit *middel* reeds daarom nooit tot vernietiging van het beklaagde arr. zou kunnen leiden, omdat de aangehaalde a. alleen handelen over voorwaarden der verificatie, niet over hare gevolgen, en dus door de beslissing van het Hof niet geschonden kunnen zijn;

„dat op dien grond het *tweede middel* moet worden verworpen;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 198 j° 878, 879, 146 en 209 K., j° a. 1331 B.-W., omdat het Hof op grond der beide praemissen, in de vorenstaande *cassatie-middelen* vervat, is gekomen tot de onjuiste slotsom, dat de curators in een faillissement verificatie kunnen vorderen van het bedrag, hetwelk die boedel zal blijken te hebben betaald aan een schuldeischer van beide boedels, en zulks nadat deze schuldeischer als houder van een geprotesteerden wisselbıief voor het volle bedrag der wissel-schuld was erkend zoowel in hunnen boedel (dien van den endossant des wissels) als in den 2ⁿ (dien van den trekker en acceptant);

„O., dat dit *middel* geldt de slotsom van het arr., de voorwaardelijke verificatie van den verw., den endossant van een wissel, als schuldeischer in het faillissement van den trekker-acceptant, waarin de eischer als curator optreedt, welke erkenning zoude zijn in strijd met de aangehaalde a.;

„O., dat hier niet gevraagd wordt verificatie van eene eigenlijke wissel-vordering, van eene vordering van den

houder eens wissels tegen een of meerdere wissel-schuldenaars, waarover in deze geen verschil bestaat, vermits de houder van den onderhavigen wissel in beide faillissementen, zoowel in dat van den endossant als in dat van den trekker, zonder tegenspraak, overeenkomstig a 198 K., voor het volle beloop der vergoeding als crediteur is toegelaten, zoodat er in deze geen sprake kan zijn van schending der op de wisselvordering betrekking hebbende a. 198, 878 of 879, 1e lid, noch van a. 146 K.;

„O., dat het hier geldt eene vordering van den endossant, als borg tegen den trekker, als hoofdschuldenaar der door hem aangegane hoofdelijke verbindtenis, overeenkomstig de gemeen burgerlijk-regtelijke bepalingen van de a. 1880, al. 2, en 1331 B.-W. ingesteld tot schadeloosstelling, omdat de trekker in deze, de hoofdelijke schuldenaar, „wien de zaak betreft", in staat van faillissement verkeert, welke vordering bij het door het bestreden arr bevestigde vonnis is toegewezen;

„O., dat daargelatende gronden, waarop regtb. en Hof hunne beslissing doen steunen, de eenige der bij het *middel* aangehaalde a., welke het verhaal van den endossant raken, te weten a. 879, 2e lid, K. en a. 1331 B.-W, dit verhaal toekennen, en die a dus door de aangevallen beslissing nooit in den door den eischer gewilden zin, dat bedoeld regres had behooren te zijn geweigerd kunnen zijn geschonden;

„O., dat mitsdien ook het *derde middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer q.q. in de kosten, in cassatie gevallen."

N⁰. 3029. — Arr. van 15 Junij 1888.

(A. 1401 B.-W.)

Verpligt a. 1401 *B.-W. tot vergoeding niet alleen van geleden nadeel, maar ook van winstderving, welke het regtstreeksch gevolg is van eene onregtmatige daad?* — JA.
Is de judex facti *vrij in de bepaling van het bedrag van zoodanige winstderving?* — JA.

De Proc.-G. Mr POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *eerste* van de drie in deze zaak voorgestelde *middelen* heet: schending of verkeerde toepassing van de a. 1401, 1282, 1283, 1284, 1902, 1953, 3⁰, 1954 B.-W. door den eischer tot vergoeding van schade te veroordeelen, waar geenerlei schade was bewezen noch geleden, en zulks op den onjuisten grond, dat bij 's Hofs in kracht van gewijsde gegane arr^n van 11 Mei 1883 en 24 Dec. 1885 zou zijn beslist, dat er schade door winstderving was geleden, en die schade naar zeker algemeen beginsel zou bestaan in het verschil in de verkoopwaarde der in beslag genomen effecten tusschen den hoogsten koers gedurende het beslag en dien tijdens de opheffing

„'s Hofs beslissing is, dat bij de in kracht van gewijsde gegane arr^n van 11 Mei 1883 en 24 Dec 1885 respectievelijk is beslist, dat er schade is geleden, en de schadevergoeding moet gegeven worden wegens winstderving, waarvan het beloop is het bovengenoemde verschil in verkoopwaarde, terwijl het Hof, zich voorts vereenigende met het gevoelen der bij het arr. van 24 Dec. 1885 benoemde deskundigen, als vaststaande aanneemt, dat de hoogste prijs tijdens het beslag voor de in beslag genomen effecten te bedingen, zoude zijn geweest 37 pCt., en beslissende, dat tevens vaststaat, *als door den declarant gesteld en niet weersproken*, dat na de opheffing van het beslag de beursprijs

slechts was 14 pCt, oordeelt het Hof dat de vordering van den declarant, zooals zij bij nadere conclusie was gewijzigd en waarbij als vergoeding gemeld koersverschil was gevraagd, moet worden toegewezen. En daaruit blijkt, dat het *middel* zijn feitelijken grondslag mist, terwijl ook de vraag of het Hof vroeger werkelijk beslist heeft wat het zegt beslist te hebben en of het koersverschil was dat, hetwelk het Hof aanneemt, als van feitelijken aard in cassatie geen punt van onderzoek uitmaken kan.

„Volgens het *tweede middel* zouden zijn geschonden of verkeerd toegepast de a. 1902, 1932, 1953, 3°, en 1954 B.-W. 199, 200, 203 R.-O., omdat de eischer niet is toegelaten tot het bewijs door hem zoo bij primaire als subsidiaire conclusiën aangeboden, tot welke bewijsvoering den eischer juist bij het in kracht van gewijsde gegane arr. van 24 Dec. 1885 de gelegenheid was gelaten, en het regt was verleend, en hoezeer de eischer daartoe ook, volgens de wet volkomen geregtigd was, en de gestelde daadzaken aan alle eischen der wet voldoen.

„Het Hof oordeelt, dat op grond van de in kracht van gewijsde gegane arr[n] van 11 Mei 1883 en 24 Dec. 1885, waarbij respectievelijk is beslist, dat er schade is geleden en dat schadevergoeding moet gegeven worden wegens winstderving, waarvan het beloop is het bovengenoemde verschil in verkoopwaarde, de vraag, of er al of niet schade is geleden, niet meer kan worden onderzocht, en dien ten gevolge het door gedeclareerde primair aangeboden bewijs behoort te worden geweigerd. De inhoud van het arr. van 24 Dec. 1885 wordt dus anders door het Hof dan door den eischer in cassatie voorgesteld, maar de uitlegging van het Hof moet hier worden geëerbiedigd. En nu is wel gepleit, dat hetgeen bij het arr. van 24 Dec. 1885 is beslist omtrent de verpligting tot schadevergoeding

wegens winstderving, en omtrent het beloop daarvan, niet was eene definitieve, den regter bindende uitspraak, maar slechts eene voorloopige, waarop het Hof bij zijn eindvonnis mogt terugkomen, maar 's Hofs uitspraak berust mede op het arr. van 11 Mei 1883, dat was *een eindarr.*, geen interlocutoir, en in geen van de *drie middelen* is a. 46 R.-O. of eenig ander wetsa. genoemd, waarin de regel „*l'interlocutoire ne lie pas le juge*" is opgenomen, of dat op dien regtsregel, welken het Hof zou geschonden hebben, ook maar eenige betrekking heeft.

„Door het primair aangeboden bewijs niet toe te laten kunnen dus de bij het *middel* genoemde wetsbepalingen niet zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„Omtrent het subsidiair aangeboden bewijs door getuigen luidt de uitspraak van het Hof, dat ook dit niet kan worden toegelaten, omdat datgene, waaromtrent de getuigen zouden moeten verklaren, niet daarstelt een feit, maar is eene onderstelling, eene meening, die niet voor bewijs door getuigen vatbaar is. Hier is dus toegepast het 2e lid van a. 1944 B.-W., maar verkeerde toepassing of schending daarvan is bij het *middel* niet gesteld, en overigens is 's Hofs beslissing op dit punt ook juist, omdat de eischer niet door getuigen wilde bewijzen feiten door hen waargenomen, maar door getuigen wilde laten verklaren welke hunne meening was omtrent de vraag, of op zeker tijdstip voor de bedoelde partij effecten koopers tegen zekeren koers zouden zijn te vinden geweest en of verkoop van eene zoo groote partij den koers niet aanmerkelijk zou hebben doen dalen.

„Het *derde middel* wijst aan als geschonden of verkeerd toegepast de a. 1401, 1282, 1283, 1284 B.-W. en 612 B.-R., door, terwijl het Hof slechts door eene onjuiste interpretatie van het arr. van 11 Mei 1883 tot de beslissing was geko-

men, dat er werkelijk schade was bewezen of geleden, en langs geen wettelijken weg tot die wetenschap kan zijn geraakt, bovendien voor de berekening van het bedrag dier zoogenaamde schade tot grondslag had genomen eene zuiver fantastische stelling omtrent een vermoedelijk koersverschil van effecten tusschen twee tijdstippen, waarvan de verw. al of niet zou hebben kunnen partij trekken, geheel in strijd met de regelen, die de onderwerpelijke materie beheerschen.

„Of al of niet bij het arr. van 11 Mei 1883 beslist en teregt beslist is, dat er werkelijk schade was bewezen of geleden, kan hier de vraag niet zijn, omdat 's Hofs uitlegging van dat arr. is feitelijk, en deze voorziening ook niet tegen dat in kracht van gewijsde gegane arr. is gerigt. Dat het Hof, omtrent het koersverschil beslissend, eenigen wettelijken bewijsregel zou hebben geschonden, kan niet de strekking van hét *middel* zijn, waarin geen enkel a. van het IVe boek van het B.W. is genoemd. En het Hof kan de wet niet geschonden hebben door voor de berekening der schade tot grondslag te nemen het verschil in verkoopwaarde van de in beslag genomen effecten tusschen den hoogsten koers gedurende het beslag en dien tijdens de opheffing daarvan. Want de uitspraak van den regter omtrent hetgeen als maatstaf of factor voor de berekening van schade of winstderving in aanmerking zal komen is van feitelijken aard. (Cf. arr van 18 Dec. 1884, v. d. Hon. *B.-R.* L, 224). „De onregtmatige en tevens schade aan„brengende daad legt hem, wien zij toerekenbaar is, de „verpligting op die schade te vergoeden. Het begrip van „schade is hier in den ruimsten zin te nemen van ieder „nadeel in het vermogen, van verlies niet alleen, maar ook „van winstderving." Zoo Opzoomer VI, 319; en het moge waar zijn, dat de a. 1282 en volgg. bij *analogie* toepasselijk

zijn op het geval van a. 1401, *want regtstreeks toepasselijk zijn zij op dat geval niet*, die analogie reikt niet verder dan de aard der zaak het toelaat, en wel verre dat aan den eischer zou kunnen worden toegegeven dat het schadebegrip van a. 1401 beperkter zou zijn dan waar het geldt de vergoeding, verschuldigd wegens het niet nakomen eener verbindtenis, voor eene beperking als die van a 1283 is in cas van a. 1401 geene plaats. Men zie behalve Opzoomer ook Laurent Dl. 20, p. 573, n° 529; Aubry en Rau Dl. 5, p 750 en Marcadé Dl. 5, p 276 sub III

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a 1401, 1282, 1283, 1284, 1902, 1953, 3°, en 1954 B.-W., door den eischer tot vergoeding van schade te veroordeelen waar geenerlei schade was bewezen noch geleden, en zulks op den onjuisten grond, dat bij 's Hofs in kracht van gewijsde gegane arr^n^ van 11 Mei 1883 en 24 Dec. 1885 zou zijn beslist, dat er schade door winstderving was geleden en die schade naar zeker algemeen beginsel zou bestaan in het verschil in de verkoopwaarde der in beslag genomene effecten tusschen den hoogsten koers gedurende het beslag en dien tijdens de opheffing;

„O. daaromtrent, dat in het bestreden arr. wordt overwogen: „dat op grond der in kracht van gewijsde gegane arr^n^ van 11 Mei 1883 en 24 Dec 1885, waarbij respectievelijk is beslist, dat er schade is geleden en dat er schadevergoeding moet worden gegeven wegens winstderving, waarvan het beloop is het bovengenoemde verschil in verkoopswaarde" (dat is: het verschil in verkoopswaarde tusschen den hoogsten koers gedurende het beslag en dien

tijdens de opheffing), „de vraag of er al of niet schade is geleden niet meer kan worden onderzocht";

„O., dat de uitlegging bij het bestreden arr. gegeven 's Hofs vroegere arr^n van 11 Mei 1883 en 24 Dec. 1885 in cassatie moet worden geëerbiedigd, en mitsdien het *eerste middel* van cassatie niet kan opgaan;

„O., dat als *tweede cassatie-middel* is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 1902, 1932, 1953, 3^0, en 1954 B.-W. en 199, 200 en 203 B.-R., door den eischer niet toe te laten tot het bewijs door hem zoo bij primaire als subsidiaire conclusien aangeboden, tot welke bewijsvoering den eischer juist bij het in kracht van gewijsde gegane arr. van 24 Dec. 1885 de gelegenheid was gelaten en het regt was verleend, en hoezeer de eischer daartoe ook volgens de wet volkomen geregtigd was en de gestelde daadzaken aan alle de eischen der wet voldoen;

„O. daaromtrent, dat wat het bij primaire conclusie aangeboden bewijs betreft, bij het bestreden arr., gelijk boven is medegedeeld, is beslist dat op grond der vroegere arr^n de vraag, of er al of niet schade is geleden, niet meer kan worden onderzocht en dien ten gevolge het primair aangeboden bewijs behoort te worden geweigerd, en dat mitsdien, vermits het aangeboden bewijs moest strekken om aan te toonen dat er geen schade geleden was, ten aanzien van dit gedeelte van het *middel* hetzelfde geldt als hetgeen boven ten aanzien van het *eerste middel* is overwogen;

„O. dat, wat aangaat het bij subsidiaire conclusie aangeboden bewijs, het Hof teregt heeft geoordeeld dat hetgeen waaromtreut de getuigen zouden moeten verklaren niet daarstelt een feit, maar is eene onderstelling, eene meening, die niet voor bewijs door getuigen vatbaar is;

„O., dat alzoo ook het *tweede cassatie-middel* is ongegrond;

„O, dat als *derde middel* van cassatie is voorgedragen: schending of verkeerde toepassing van de a. 1401, 1282, 1283 en 1284 B.-W. en a. 612 B.-R., door, terwijl het Hof slechts door eene *salva reverentia* onjuiste interpretatie van het arr. van 11 Mei 1883 tot de beslissing was gekomen, dat er werkelijk schade was bewezen of geleden, en langs geen anderen wettelijken weg tot die wetenschap kan zijn geraakt, bovendien voor de berekening van het bedrag dier zoogenaamde schade tot grondslag had genomen eene zuiver fantastische stelling omtrent een vermoedelijk koersverschil van effecten tusschen twee tijdstippen, waarvan de verw. al of niet zou kunnen partij trekken geheel in strijd met de regelen die de onderwerpelijke materie beheerschen;

„O. te dien aanzien dat, gelijk reeds boven is overwogen, de vraag of het Hof het arr. van 11 Mei 1883 al dan niet juist heeft uitgelegd, in cassatie niet kan worden onderzocht;

„O. verder, dat volgens a. 1401 B.-W. elke onregtmatige daad, waardoor schade wordt toegebragt, dengene door wiens schuld de schade is veroorzaakt, de verpligting oplegt om die schade zonder eenige beperking, en dus zoowel het geleden nadeel als de winstderving, welke het regtstreeksch gevolg zijn van de onregtmatige daad, te vergoeden;

„O., dat het bewijs eener aannemelijke winstderving uit den aard der zaak nooit met volkomen zekerheid te leveren is, en daar de wet geene verdere regelen omtrent de begrooting daarvan stelt, het aan den regter vrijstaat het bedrag daarvan, met het oog op de omstandigheden van elke zaak, te bepalen;

„O., dat bij een onregtmatig beslag van effecten het verschil tusschen den hoogsten koers gedurende het beslag

en den koers bij de opheffing *kan* opleveren het bedrag dier winstderving;

„O., dat dit in het gegeven geval is aangenomen op gronden, waarmede geen der bij het *middel* aangehaalde a. in strijd is;

„O., dat alzoo ook het *derde cassatie-middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3030. — Arr. van 22 Junij 1888

(A. 160 B.-W. — A. 2014 B.-W.)

Mag de man zonder medewerking zijner vrouw, hare onroerende goederen vervreemden en bezwaren? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De feiten van deze procedure, waarover partijen het eens zijn, zijn deze: de verw^sse^, die buiten gemeenschap van goederen gehuwd is, bezat een op haar naam staand volgefourneerd aandeel groot *f* 1500 in de Stoomboot-reederij *de Maasnymph;* dat stuk is door haar man, zonder toestemming of latere goedkeuring van de verw^sse^ aan den eischer in cassatie in pand gegeven; van dezen is het door de vrouw teruggevorderd, op grond dat de man niet bevoegd was over haren eigendom te beschikken; in beide instanties is haar die vordering toegewezen, en daartegen is als *middel* van cassatie aangevoerd· schending en verkeerde toepassing van a. 160 B.-W. op grond dat bij 's Hofs arr ten onregte is uitgemaakt, dat de man de persoonlijk aan de vrouw toebehoorende roerende goederen niet mag vervreemden of bezwaren.

„Het Hof zegt, dat de man heeft alleen het regt van

beheer en niet van beschikking; dat het met het oog op de bepalingen van het Oud-Hollandsch regt, nu a. 160 B.-W. alleen spreekt van onroerende goederen, wel den schijn heeft, dat de man de roerende goederen mag verpanden; doch dat o. a. om a. 2014 B.-W. en omdat beschikking voor een goed beheer soms noodig is, een algemeen verbod niet kon worden gegeven, zoodat iedere zaak op zich zelve moet worden beoordeeld, en dat, waar krachtens a. 195 B.-W. zelfs bij wettelijke gemeenschap bedongen kan worden, dat ten name staande effecten zonder medewerking der vrouw niet kunnen worden vervreemd, zulks van zelf het geval is, waar elke gemeenschap is uitgesloten.

„Mij wil het voorkomen, dat deze redenering in haar uitgangspunt zondigt. De wetgever heeft den man het regt tot vervreemding al of niet willen geven, maar zeer zeker is er in de wet geen spoor te vinden, dat om a. 2014 en om aan de maatschappelijke behoeften te gemoet te komen, de wetgever ten aanzien van enkele roerende goederen op den regel eene uitzondering heeft willen maken De onderscheiding door het Hof tusschen soorten van roerende goederen gemaakt, is buiten de wet In zijn eigen stelsel zegt het Hof „beschikken", is soms noodig voor een goed beheer.

„Dat is volkomen juist; maar daarom ook mag de man over alle de roerende goederen van de vrouw vrijelijk beschikken, want al zegt de wet zulks niet *totidem verbis*, het is uit zijne woorden op te maken, en de bedoeling des wetgevers komt mij weinig twijfelachtig voor.

„En nu vergete men niet, dat hier de rede niet is van eene vordering van de vrouw *tegen den man* ter zake van een daad, waartoe hij als hoofd der echtvereeniging onbevoegd was, maar van eene vordering tegen een derde, die

het op naam der vrouw staande aandeel had in pand genomen, en wiens redenering zal geweest zijn: a. 60 verbiedt alleen de onroerende goederen te vervreemden, dus geldt het verbod niet voor de roerende. Hij had niet te onderzoeken of de verkooper wel als een goed huisvader handelde; daarmede heeft een derde geen rekening te houden

„Beheer involveert beschikking; deze moet de man hebben als hoofd der echtvereeniging; deze heeft hij noodig om een goed beheer te voeren, en eigenlijk kan ook eerst later blijken, of hij teregt beschikt heeft; om bij dit geval te blijven, was het zeer goed mogelijk, dat eene tijdelijke verpanding het voordeeligst voor den boedel was.

„Bij de beschouwing over dit onderwerp gaat men veelal uit van de onderstelling dat de man een slecht beheer voert; maar ook de vrouw kan spilziek zijn; zij is buiten gemeenschap getrouwd, zet haar *train de maison* voort, met equipages enz enz., en de man zou het regt niet hebben daaraan een einde te maken, door dergelijke roerende zaken van de hand te zetten!

„In a. 160 wordt over roerende goederen gezwegen; het verbod van vervreemding betreft *onroerende* goederen; daaruit resulteert natuurlijk reeds eene praesumtie, dat ten aanzien van roerend goed dat verbod niet bestaat.

„Onaannemelijk is het, dat de wetgever daarover zwijgende, zou gewild hebben dat in ieder bijzonder geval de regter zou hebben te onderzoeken, of de man bevoegd was te verkoopen, en of derden alzoo gerustelijk konden koopen.

„Maar dat heeft de wetgever ook niet gewild.

„De slotbepaling van a. 160 B.-W. kwam het eerst voor in het ontwerp van 1832; sommige afdeelingen wenschten toen te zien vastgesteld, dat de man ook de *onroerende goederen der gemeenschap* niet zou mogen vervreemden bui-

ten toestemming zijner vrouw De regering kon zich daarmede niet vereenigen, en zeide: „volgens de wetten, welke te voren in Landstreken, alwaar de *algeheele* gemeenschap de wettelijke was, de maritale magt hebben geregeld, had de man niet alleen het vermogen, om over *al* de goederen der gemeenschap naar welgevallen te beschikken, maar hij kon zelfs, zonder toestemming, bewilliging of medewerking zijner vrouw hare *buiten de gemeenschap* gehouden goederen verkoopen en bezwaren.

„Dat was regtens volgens Oud-Hollandsch regt en kracha. 150 Wb. *Lod. Nap.*

(Men zie DE GROOT, Boek I, Dl. V, n⁰ 111, bl. 181; V. D. LINDEN, *Handboek*, bl. 27 en 28; VOET, Dl. I, bl. 178, Boek II, Cap. 15, n⁰ 5.)

„Daaruit volgt m o. ten allerduidelijkste, dat de wetgever de maritale magt, zooals die in het Oud-Hollandsch regt bestond, in één opzigt wenschte in te krimpen nl. „dat de man (zoo zeide de Regering) de onroerende goede „ren, PERSOONLIJK AAN ZIJNE VROUW TOEBEHOORENDE (dat is, „degene die buiten de gemeenschap vallen) zonder hare „medewerking niet zal mogen vervreemden of bezwaren." (VOORDUIN II, bl. 327).

„Terwijl de vrouw volgens het Oud-Hollandsch regt onder voogdij van den man stond, is door onze wetgeving in de juridische vermogensverhouding tot haar man, veel voor haar verbeterd, maar nu volgt daaruit ook anderzijds, dat de maritale magt niet nog meer mag worden besnoeid, dan ten duidelijkste blijkt uit de bedoeling des wetgevers. Van dezelfde meening zijn NIENHUIS, 2e stuk, bl. 377; V HALL *Burg. Regt*, bl. 225, n⁰ 3.

„Door de verw^sse^ is nog een beroep gedaan op VOORDUIN (Dl. II, bl. 331) en DIEPHUIS (4, bl. 173). Bij den eersten geldt het eene opmerking ad a. 179 in het jaar 1822, toen

a. 160 nog niet in het destijds behandelde ontwerp was opgenomen. DIEPHUIS is daarentegen van mijne meening, en zegt verder, dat a 160*d* den man voor ontrouw en verkeerd beheer verantwoordelijk stelt, maar dit is natuurlijk tegenover zijne vrouw; daar is de rede niet van regten, die de vrouw tegenover derden zou kunnen doen gelden.

„Toen de bepaling van a. 160 werd vastgesteld, was de *Code Civil* hier nog van kracht; deze behelsde eene gelijke bepaling; a. 1428, al. 3, luidt: *le mari ne peut aliéner les immeubles personels de sa femme sans son consentement.* Volgens ASSER was die bepaling verkeerdelijk in den *Code* geplaatst daar, waar over het beheer der gemeenschap werd gehandeld en werd zij overgebragt daar waar de regten en verpligtingen der echtgenooten werden geregeld.

„Aangenomen eens dat de wetgever de woorden van a. 160, al. 5, aan het Fransche regt had ontleend, dan kan dit tot geen ander gevolg leiden, omdat tijdens de vaststelling van a. 160, a. 1428 *Code Civil* in overeenstemming met de beginselen van het Oude Fransche regt, door de meeste schrijvers en de jurisprudentie tot in 1839 (zie de arr^n^ aangehaald bij MARCADÉ, t. V, n⁰ 2, van a. 1428, bl 526, noot 1) werd opgevat in dien zin, dat de man mogt vervreemden het eigen roerend goed der vrouw zonder hare voorkennis Al moge de latere Fransche jurisprudentie daarin verandering hebben gebragt, onze wetgever heeft aan die bepaling bij hare vaststelling geene andere beteekenis kunnen hechten, dan er toen algemeen aan werd gegeven. (POTHIER, *Traité de la communauté*, § 325, in zijne *Oeuvres* Dl. 6, bl 210 *Puissance du mari*, § 83; ibid. bl. 34; MERLIN, *Répert. Réalisation* § 1, n⁰ 4; TROPLONG, *Contrat de mariage*, n⁰ 982, t. I, p. 301, en n⁰ 1936 volg.; t. II, bl. 116; TOULLIER, t. 14, n⁰ 378 volg.; AUBRY ET RAU Dl. V § 522, p. 455, noot 26 en 33; LAURENT, 22, § 161—165 en

23, § 143 en 144; DALLOZ, *Contrat de mariage* n⁰ 2693—2699, Dl. XIII, bl. 528).

„Daargelaten dus de vraag of onze wetgever het oog had op a. 1428, heeft hij zeker niet aan de thans betwiste regtsvraag, die zich later in het Fransche regt voordoet, gedacht, en moet a. 160 dus worden uitgelegd in den zin, dien de wetgever er aan hechtte.

„Ik resumeer: de woorden van a. 160 geven geen grond om aan te nemen, dat het verbod van vervreemding van onroerend goed, zich ook uitstrekt tot het roerend goed van de vrouw.

„De wetgever heeft bij de toelichting van die bepaling getoond daarbij het Oud-Hollandsch regt op het oog te hebben, en de maritale magt alleen ten aanzien van onroerend goed der vrouw te hebben willen beperken. Daargelaten dat de wetgever, toen a. 160, al. 5, werd vastgesteld op quaestien van Fransch huwelijksregt niet bedacht was, werd a. 1428 *Code Civil* in het algemeen in geen anderen zin opgevat dan de wetgever in zijn a. 160 heeft willen geven.

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R. zal vernietigen het arr. van 17 Jan. 1888 door het geregtshof te 's Hertogenbosch gewezen, zoomede het vonnis van de regtb. aldaar, dd. 10 Mei 1887, en, op nieuw regtdoende, aan de verw^sse hare oorspronkelijke vordering zal ontzeggen en haar veroordeelen in alle de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 160 B.-W., doordien bij het beklaagde arr. (behoudens eene wijziging in de veroordeeling tot schadevergoeding) is bevestigd het vonnis *a quo*, waarbij aan verw^sse hare vordering is toegewezen tot afgifte van een te haren name staand door den echtgenoot van verw^sse (zonder dat hare toestemming daartoe is gebleken) aan eischer

in cassatie verpand aandeel in eene stoombootreederij, met schadevergoeding, op grond dat genoemde echtgenoot niet bevoegd was om zonder toestemming van verw^sse^ dat aandeel te verpanden, en zulks hoezeer:

„1° bij het beklaagde arr. wordt erkend, dat de man in het oud-Hollandsch regt de vrije beschikking had over al de goederen persoonlijk aan de vrouw toebehoorende;

„2° a 160 alleen de vervreemding of bezwaring van hare onroerende goederen van het aan den man toegekend bestuur van de persoonlijk aan de vrouw toebehoorende goederen uitsluit, en dat wel in zulke bewoordingen dat ook daaruit de bedoeling des wetgevers blijkt, dat de vervreemding; mits met medewerking der vrouw, *door den man* moet, althans kan geschieden;

„3° bij het beklaagde arr. wordt erkend, dat het den wetgever onmogelijk was de beschikking over de roerende goederen aan den man in het algemeen te onttrekken, terwijl nu zonder eenig regt door het Hof een onderscheid wordt gemaakt tusschen verschillende roerende goederen en wordt verkondigd, dat voor ieder geval op zich zelf moet worden beoordeeld of beschikking kan worden gerangschikt onder beheer, welk stelsel eene schromelijke regtsonzekerheid zou doen geboren worden en niet juist kan zijn, terwijl dan ook a. 160 èn naar zijne duidelijke bewoordingen èn ook op geschiedkundige gronden aldus moet worden geïnterpreteerd, dat het *bestuur* den man in a 160, al. 3, toegekend, de beschikking over de roerende goederen der vrouw zonder eenig onderscheid omvat;

„O., dat de beslissing van het *middel* eeniglijk afhangt van den zin en de beteekenis van a. 160 B.-W.;

„dat. dit a., voorop stellende dat de man het hoofd is der echtvereeniging, hem als zoodanig en in het algemeen, tenzij het tegendeel zij bedongen, opdraagt het bestuur van

de goederen der vrouw persoonlijk toebehoorende, hem voor alle verzuim in het beheer daarvan verantwoordelijk stellende, en daarop in de laatste al. laat volgen, dat hij hare onroerende goederen zonder hare medewerking niet vermag te vervreemden of te bezwaren;

„O., dat, in het verband dier bepalingen, de gevolgtrekking voor de hand ligt, dat, hadde de wetgever het in die laatste al. uitgedrukt verbod ook op de roerende goederen van de vrouw toepasselijk willen doen zijn, hij die bedoeling zoude hebben uitgesproken en ten andere dat, wanneer het verbod van vervreemding of bezwaring ook zonder dat, geacht kon worden voor roerende zoowel als voor onroerende goederen te gelden, er voor de bijzondere vermelding daarvan voor de laatstgenoemde geen reden ware geweest:

„O., dat daarom de inhoud van a. 160, zóó als het gesteld is, allen grond geeft om het in de slot-alinea opgenomen verbod als eene uitzondering op de aan den man in het bestuur der goederen van de vrouw verleende bevoegdheid, alleen hare onroerende goederen betreffende, te beschouwen; – dat hieruit noodzakelijk volgt dat zonder dit verbod de man tot de vervreemding of bezwaring dier onroerende goederen wèl zou zijn bevoegd, en mitsdien dat, nu de wet eene dergelijke beperking ten aanzien van de roerende goederen niet inhoudt, het hare, hoewel niet uitgesprokene toch blijkbare, bedoeling moet geacht worden te zijn, dat de man die goederen der vrouw wel mag vervreemden en bezwaren;

„O., dat de juistheid der hiervoren aan a. 160 gegeven uitlegging ook door de geschiedenis van dat a. wordt bevestigd;

„dat immers, terwijl naar het Oud-Hollandsch regt de man over alle goederen der vrouw, zonder eenig onderscheid, had de vrije beschikking, men bij de zamenstelling

van ons tegenwoordig wetboek gemeend heeft die bevoegdheid alleen wat de onroerende goederen der vrouw betreft te moeten beperken, zulks op het voetspoor van hetgeen in enkele gewesten van het vaderland in dit opzigt als regt had gegolden, en ook met a. 1428 *Code Civil* voor oogen, zooals dat wetsvoorschrift destijds vrij algemeen werd verstaan;

„O., dat mitsdien het Hof, door, op grond eener meer beperkte uitlegging van a. 160, den man de bevoegdheid te ontzeggen om zonder de medewerking zijner vrouw een te haren name staand aandeel in eene reederij te verpanden en uit dien hoofde de veroordeeling des eischers tot afgifte van dat aandeel aan de verweerderesse in hooger beroep te bevestigen, den zin en de beteekenis van dat a. heeft miskend;

„dat bijgevolg het voorgestelde *middel* is gegrond;

„Vernietigt het arr. 17 Jan. 1888 door het Geregtshof te 's-Hertogenbosch, zoomede het daarbij bevestigde vonnis der arr. regtb. aldaar van 10 Mei 1887, tusschen partijen gewezen.

„En op nieuw regt doende:

„Ontzegt der verw^sse^ haren oorspronkelijken eisch en veroordeelt haar in de kosten zoo in eersten aanleg en hooger beroep als in cassatie gevallen."

N^0^ 3031. — Arr. van 22 Junij 1888.

(A. 53 en volg. R.-O. — A. 56, 57, 332 B.-R.)

Is, waar door den eischer is afgezien van de oorspronkelijke door hem gedane hoofdvordering doch niet van de daarnevens gedane vordering tot betaling der proceskosten, de appellabiliteit van de uitspraak omtrent laatstbedoelde

vordering uitsluitend afhankelijk van de vatbaarheid voor hooger beroep van de hoofdvordering? — JA.

Namens den Proc-G. heeft de Adv.-G. jhr. DE SAVORNIN LOHMAN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Feitelijk staat vast dat de oorspronkelijke eischer, nu eischer in cassatie, de oorspronkelijke, onbepaalde hoofdvordering, gedurende het proces in eersten aanleg heeft laten vallen, en zijn eisch beperkt tot het vragen van compensatie der proceskosten.

„De regtb. heeft hem veroordeeld tot betaling van alle proceskosten, die aan zijde van den gedaagde taxeerende op een bedrag van *f* 226.37[5].

„Het tegen dat vonnis ingesteld hooger beroep heeft het Hof niet ontvankelijk verklaard als zijnde de zaak niet appellabel.

„Alsnu wordt tegen 's Hofs arr. als *middel* van cassatie aangevoerd: schending van de a 53, 54, 69 R.-O., 56, 57, 352 B.-R, omdat het Hof zich onbevoegd heeft verklaard het appèl aan te nemen, ofschoon zoowel de oorspronkelijke vordering als de kosten-vordering, (de laatste onverschillig of zij naar de hoofdvordering dan wel op zich zelve moet worden beoordeeld), van onbepaalde waarde is.

„Het *middel* komt mij voor juist te zijn.

„Na het wegvallen der hoofdvordering is alleen de kosten-vordering overgebleven, die, hetzij men ze ook na dat wegvallen nog als een accessoir van de hoofdvordering wil beschouwen, hetzij ze daarmede tot eene zelfstandige vordering is geworden, in het ééne geval zoowel als in het andere, een onbepaalde vordering is.

„Dat de eerste regter haar tot een bedrag van slechts *f* 226.37[5] heeft toegewezen, doet niet af. De hoogere regter zou aan dat bedrag niet zijn gebonden.

„Ook gaat niet op wat aan zijde van den verw. is ge-

pleit, dat dit geval zou moeten geacht worden gelijk te staan met het geval dat de oorspronkelijk appellabele hoofdvordering tot een niet-appellabel bedrag was verminderd, waardoor appèl zou zijn uitgesloten.

„Immers blijft, in het door den verw. onderstelde geval, de hoofdvordering bestaan en de accessoire vordering daardoor beheerschen.

„Maar *in casu* is de hoofdvordering verdwenen en heeft zij dienvolgens opgehouden de accessoire vordering te beheerschen, tenzij men het voortduren van die beheersching wil aannemen bij wijze van fictie, in welk geval het dan echter onmogelijk is die hoofdvordering anders te beschouwen dan in de gedaante, waarin zij zich in het geding heeft vertoond: d. i. in de gedaante van eene onbepaalde, appellabele vordering.

„Ik heb alzoo de eer te concluderen conform de conclusie van eischer.”

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz

„O. dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a 53, 54 en 69 R.-O., 56, 57 en 332 B.-R, omdat het Hof zich onbevoegd verklaard heeft het appèl aan te nemen, schoon zoowel de oorspronkelijke vordering als de kosten-vordering — de laatste onverschillig of zij naar de hoofdvordering dan wel op zich zelve moet worden beoordeeld — van onbepaalde waarde is;

„O., dat tusschen partijen vaststaat, dat van de oorspronkelijke vordering des eischers tot wegneming van eene waterloozingspijp, hangende het geding ter eerster instantie door hem is afgezien en door hem is verklaard, dat de pijp in geschil was verlegd en het gat gedicht, zoodat alleen de quaestie der kostenbetaling overbleef, en geconcludeerd dat de kosten der procedure zullen worden gecompenseerd;

„O., dat de regtb. den eischer daarop heeft veroordeeld in alle proces-kosten aan de zijde van den ged. getaxeerd op *f* 226,75[5], tegen welk vonnis de eischer hooger beroep heeft ingesteld, waarin hij bij het bestreden arr. is verklaard niet-ontvankelijk;

„O., dat van de intrekking der hoofdvordering wel het gevolg was, dat zij niet kon worden toe- of afgewezen, maar dat dit niet belet dat nu partijen, niettegenstaande die intrekking, over de vordering tot betaling der kosten hebben voortgeproceerd, deze in dit proces haar oorspronkelijk karakter van bijkomende vordering heeft behouden en dus de vatbaarheid daarvan voor hooger beroep afhankelijk is van de vatbaarheid voor hooger beroep van de hoofdvordering;

„O. dat bijgevolg, vermits de hoofdvordering, als strekkende tot wegneming van eene uitwateringspijp, was van onbepaalde waarde en dus vatbaar voor hooger beroep, het voorgestelde *cassatie-middel* is gegrond, en het bestreden arr. behoort te worden vernietigd;

„Vernietigt het arr. door het Geregtshof te Amsterdam op 27 Jan. 1888 tusschen partijen gewezen;

„Verwerpt de voorgestelde exceptie van niet-ontvankelijkheid in appèl, met last om voort te procedeeren;

„Wijst de zaak terug naar gemeld Geregtshof, om met inachtneming van 's H.-Rs arr. te worden beregt en afgedaan;

„Veroordeelt den verw. in de kosten in hooger beroep en in cassatie gevallen."

N°. 3032. — Arrest van 29 Junij 1888.

(A. 276 en 248 j° a° 637 K.).

Is het beroep in cassatie tegen een interlocutoir arr. houdende toelating tot getuigenbewijs ontvankelijk, wanneer

bij wien dat bewijs is opgedragen zich bij de beteekening van dat arr. het regt van beroep in cassatie daartegen heeft voorbehouden, ook dan wanneer dat voorbehoud niet bij het getuigenverhoor zelf is herhaald? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 276 en 248 in verband met a. 637 K, omdat, niettegenstaande der nu eisch[sse] aanbod tot bewijs van feiten, waaruit zou volgen, dat het verzekerde schip, vergaan, (zijn brand veroorzaakt) is door schelmerij, althans door schuld van den eigenaar — schipper, — het Hof, ter zijde stellende het bewijs van hetgeen tot staving *althans* dier *schuld* strekte, de nu eisch[sse] (assuradeuren op het casco) alleen heeft toegelaten tot het bewijs van schelmerij des eigenaars, en, bij zijn eindarr., wegens het ontbreken van dat bewijs, en zonder onderzoek naar de ook geallegeerde schuld des verzekerden eigenaars, diens vordering tegen den assuradeur heeft toegewezen.

„Het beroep in cassatie is blijkens de dagvaarding ingesteld, zoowel tegen het interlocutoir, als tegen het eindarr. van het Hof, en nu is aan de zijde van den verw. vooreerst beweerd, de niet-ontvankelijkheid van de voorziening tegen het interlocutoir op grond, dat de eischer in cassatie in dat arr. zou hebben „berust door *zonder eenig* voorbehoud mede „te werken aan de uitvoering van dat arr, namelijk tot „het getuigenverhoor."

„De verw. tracht dit te staven door productie van audientie-bladen van het getuigenverhoor, waarbij geen reserve is gemaakt ten aanzien van dat beroep in cassatie

„De eisch[sse] had echter bij de beteekening van het interlocutoir die reserve gemaakt, en die eveneens herhaald bij de beteekening der namen enz. van de getuigen.

„En nu acht ik onjuist de bewering, dat zoodanige reserve onvoldoende zou zijn, waar staat dat die alleen kan worden gedaan bij den aanvang van het getuigenverhoor?

„De partij heeft zich wel beroepen op VAN ROSSUM ad a. 334 B.-R., sub n⁰ 3, daarmede vermoedelijk bedoelende uitspraken van de Geregtshoven van Noordholland dd 3 Febr. 1848 en Friesland 5 April 1843, maar ik kan in het verder voorloopig afwikkelen van eene zaak conform 's regters uitspraak, niet zien eene berusting, veel minder in- de gemaakte reserve, eene *protestatio actui contraria*, vooral niet hier, waar het verloop der procedure, ik zou haast zeggen niet normaal was

„Maar bovendien de wet schrijft niet voor, hoe en wanneer de reserve moet zijn gemaakt; de vraag is alleen, blijkt zij gemaakt te zijn, want gelijk DE PINTO zegt ter plaatse door den verw (Dl. II, st. 1, bl. 461 volg.) aangehaald: men wordt niet ligt verondersteld van een zoo gewigtig regt afstand te doen, zoodat men *in dubio* altijd *tegen de berusting* moet beslissen.

„Misschien, zegt hij, is het eene *quaestio facti;* maar hier loopt die toch niet over de *feiten*, bij den lageren regter in geschil, maar over een proces-quaestie nopens de ontvankelijkheid in cassatie, alleen door den regter in cassatie te beslissen

„Dit exceptieve *middel* is dus ongegrond, omdat na den bij herhaling verklaarden wil van de eisch^sse^ de afstand van haar regt niet mag gesupponeerd worden

„In het speciaal aangehaald arr. van 3 Febr. 1848 (*Bijblad* Dl 10, p. 85) is er van geheel iets anders de rede, namelijk van een zelfstandig appèl alleen tegen een interlocutoir, dat is uitgevoerd, vóór er nog eind-vonnis was; en het geciteerde arr. van dezen Raad van 18 Maart 1865 (*Regtspr.*

LXXIX, 335; v. d. Hon. *B.-R.* XXIX, 313) heeft met de quaestie van berusting niets te maken.

„We komen nu tot het *middel* zelf, en daarvoor wensch ik nog even bij den loop van dit proces stil te staan.

„In eersten aanleg was de verdediging van de aangesproken assurantie-maatschappij tweeledig: 1° dat het gevorderde certificaat, volgens het gesloten contract (op beursconditiën) bij belading met steenkolen niet is geproduceerd en dus geen betaling verschuldigd is, bij niet vervulling van eene der voorwaarden, waaronder de verzekering is gesloten; 2° dat de eischer, tevens eigenaar en schipper van het verbrande schip, òf moedwillig òf door grove nalatigheid of schuld den brand veroorzaakt heeft, in geen van welke beide gevallen, vergoeding verschuldigd is.

„De regtb. nam het *eerste middel* van verweer aan, op grond, dat waar de *overeenkomst* tusschen partijen, zooals in dit geding, een *bepaald bewijsmiddel* voorschrijft, bij gemis daarvan niet van de overeenkomst mag worden afgeweken door een ander bewijsmiddel toe te laten.

„Op het door den oorspronkelijken eischer ingesteld hooger beroep, heeft deze een nader certificaat overgelegd, en toewijzing zijner vordering geëischt; de geïntimeerde vroeg bevestiging van het vonnis en subsidiair deed zij aanbod ALLE *gestelde feiten*, namelijk dat de eischer òf moedwillig òf door grove nalatigheid en schuld den brand heeft veroorzaakt, te bewijzen (prod 18, O. 4 en 6 *in fine*).

„Bij interlocutoir van 29 Oct. 1886 heeft het Hof aan de beursconditie bij verzekering op steenkolen en het certificaat daaromtrent vereischt, eene andere uitlegging gegeven dan de regtb. en te dien aanzien feitelijk beslist, dat op grond van gebrek aan *vormelijke* certificaten de vordering tot vergoeding niet kon worden ontzegd.

„Al verder heeft het de verw^sse^ toegelaten, de moed-

willige brandstichting door getuigen en andere regtsmiddelen te bewijzen

„Bij eindarr. heeft het Hof geoordeeld, dat dit bewijs niet was geleverd, en daarom de oorspronkelijke vordering toegewezen.

„De in het *middel* aangevoerde a. houden in het navolgende:

„A. 248 K. verklaart de bepalingen van titel 9, Boek I, K. van toepassing op *alle* verzekeringen, ook die van Boek II.

„A. 276 van titel 9 bepaalt: geene verliezen of schade door eigen schuld van een verzekerde veroorzaakt, komen ten laste van den verzekeraar.

„A. 637 brengt ten laste van den verzekeraar alle schade veroorzaakt door nalatigheid, verzuim of schelmerij van den schipper of scheepsgezellen, tenzij hij door de wet of de polis van het loopen van dat gevaar zij vrijgesteld.

„Ik wil niet ontkennen dat bij eene aanvankelijke beschouwing der zaak mij het *middel* ongegrond voorkwam en dat ik vermeende, dat het zou moeten afstuiten op de feitelijke beslissing van den regter ten aanzien van de polis en de beursconditiën.

„Bij nader onderzoek kwam ik echter op die opvatting terug.

„Het *middel* mist niet zijn feitelijken grondslag, zooals de verw. van oordeel is; het is toch niet gebaseerd op het verzuim of de nalatigheid van het produceren van het certificaat; — dat is eene afgehandelde zaak; — er is hier ook niet de rede van schelmerij van den schipper, welke als onbewezen is ter zijde gelaten; de schuld, waarop de assurantie-maatschappij zich beriep, is die van a. 276 K., *eigen schuld* van den *verzekerde*, eene bepaling, die a. 640 al. 2 K in zijn gevolg voert, nl. de ongeoorloofdheid van ook des

schippers schelmerij te verzekeren, wanneer deze zelf eigenaar van het schip is. (KIST IV, bl. 162).

„In a 276 K. is *dit* hoofdbeginsel van assurantie neergelegd, dat men zich tegen *eigen* schuld niet kan verzekeren.

„En nu blijkt uit de geheele judicieele contenance van partij, dat zij de oorzaak van den scheepsbrand toeschrijft aan den moedwil, immers en in allen gevalle aan de schuld van den verzekerde. Zij had het oog *subsidiair*, op schade, gevolg van eigen schuld, van *culpa* in tegenstelling van den *dolus*, de schelmerij in a 382 K. behandeld. (ASSER c. s. ad. a. 276)

„Het Hof heeft a. 276 geschonden, door de eisch[sse] niet toe te laten tot het aangeboden bewijs der daar bedoelde schuld, wier gevolgen van het grootste belang zijn voor de beslissing van dit geding.

„De *culpa* van den *verzekerde*, oorzaak van de schade, was het *positum;* dit is door het Hof miskend, in strijd met het beginsel van a. 276 j⁰ 248 K.

„Er is door den verw. geheel over het hoofd gezien, dat er hier geen sprake meer is van verzuimde voorzorgen te staven door certificaten; niet daarin bestond de beweerde schuld; maar van verzuim en nalatigheid van A. O., oorzaak van het verlies van het schip.

„Om die redenen oordeel ik dit *middel* gegrond.

„Minder aantrekkelijk is mij het *tweede middel*, waarover ik zoo kort mogelijk zal zijn.

„Het luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 246, 248, 637 en 721 K. en a. 1902 B.-W, omdat, schoon den verzekerde verbleef het provenu van onder de verzekering begrepen, behouden gebleven en op het eiland San Nicolas verkochte booten en provisiën, het Hof de nu eisch[sse] tot vergoeding aan hem voor de volle verzekerde som heeft

veroordeeld uit overweging: 1° dat tegenover dat provenu uitgaven stonden, waaromtrent echter het onderzoek door het Hof werd nagelaten, of die uitgaven waren voor rekening van assuradeuren en of haar bedrag gelijk stond met, of overtrof het bedrag van bedoeld provenu; en 2° dat de nn verw. had *geposeerd*, dat over bedoeld provenu reeds rekening was geschied in rekening-courant, ofschoon de nu verw. dit *positum* niet, overeenkomstig zijn gehoudenheid daartoe, had *bewezen*.

„Dit *middel* geldt zekere opmerking door de eischsse in cassatie gemaakt, aan het slot harer conclusie na de enquête en door het Hof ter zijde gesteld.

„Ik merk daaromtrent vooreerst op, dat zij niet heeft uitgemaakt een grond van bestrijding van het ingesteld hooger beroep. Het Hof heeft ze als zoodanig ook niet beschouwd, maar haar eenvoudig geëcarteerd, zeggende dat ze *dan* alleen juist zou zijn indien tegenover die baten niet stonden uitgaven. De opgeworpen quaestie kwam tardief; in dezen stand van het geding was er geen plaats meer voor het openen van een debat over de schaderekening; a. 721 kan hier zijn toepassing niet vinden; overlegging van bescheiden, bewijslevering was niet aan de orde. (De geciteerde arbitrale uitspraken worden gevonden *Mag. van Handelsregt* Dl 12, bl 135 en Dl. 13, bl. 129). Bovendien beslist het Hof, dat er niet blijkt van overschot en dat is *facti*, en moet het Hof dit hebben opgemaakt uit het dossier.

„En nu worde niet gezegd, de beweerde verantwoording der gelden in rekening-courant, is een onbewezen *positum;* die stelling is niet betwist of bestreden, en kon dat alweder niet worden gedaan, omdat het geheele beweren tardief werd voorgebragt en geen punt van verder onderzoek voor den regter behoefde uit te maken.

„Dit *middel* oordeel ik ongegrond.

„Ik heb de eer te concluderen, dat de H.-R. zal vernietigen het interlocutoir arr. van het Hof te Amsterdam dd. 21 Mei 1886 en voor zooveel noodig ook het eind-arr. dd. 16 Sept 1887, ten aanzien van het niet-toelaten van bewijslevering door de eisch^{sse} in cassatie van veroorzaakte schade *door de schuld van d'n verzekerde*, en dat de Raad de zaak zal terugwijzen naar het geregtshof te Amsterdam, ten einde die met inachtneming van 's H.-Rs arr.. verder te behandelen en te beslissen, met veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O. dat het beroep in cassatie is gerigt tegen twee arr^{n} van het geregtshof te Amsterdam: het interlocutoir arr. van 11 Mei 1886 en de einduitspraak van 16 Sept. 1887;

„O., dat de verw. aan zijne bestrijding van dit beroep doet voorafgaan een *middel* van niet-ontvankelijkheid van de voorziening tegen het eerste van die arr^{n}, en dat dit *middel* daarop steunt, dat de eischeresse in cassatie zonder eenig voorbehoud tot de uitvoering van dat arr waarbij zij tot getuigenbewijs was toegelaten, zou hebben medegewerkt en daardoor in de uitspraak zou hebben berust;

„O., dat in de deurwaardersakte, waarbij de eischeresse het interlocutoir arr. en de namen en woonplaatsen der te hooren getuigen aan den verw. heeft doen beteekenen, zij zich het regt van beroep in cassatie tegen het arr. heeft voorbehouden;

„dat vermits die beteekening strekte om tot de tenuitvoerlegging van het interlocutoir arr. te geraken, de eischeresse door het daarbij gemaakte voorbehoud heeft te kennen gegeven, dat zij niettegenstaande hare medewerking tot de tenuitvoerlegging, van haar regt om zich in cassatie te voorzien geen afstand doet en dat mitsdien uit het niet

herhalen van het voorbehoud bij het getuigenverhoor haar wil om in het arr. te berusten niet kan worden afgeleid;

„O., dat bijgevolg het *middel* van niet-ontvankelijkheid is onaannemelijk;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 276 en 248, in verband met a. 637, alle K, omdat, niettegenstaande der nu eischeresse aanbod tot bewijs van feiten, waaruit zou volgen dat het verzekerde schip vergaan (zijn brand veroorzaakt) is door schelmerij, althans door schuld van den eigenaar-schipper, het Hof, ter zijde stellende het bewijs van hetgeen tot staving althans dier schuld strekte, de nu eischeresse (assuradeuren op het casco) alleen heeft toegelaten tot het bewijs van sehelmerij des eigenaars en, bij zijn eindarr., wegens het ontbreken van dat bewijs, en zonder onderzoek naar de ook geallegeerde schuld des verzekerden eigenaars, diens vordering tegen den assuradeur heeft toegewezen;

„O., dat dit *middel* berust op de bewering, dat de eischeresse het bewijs van feiten zou hebben aangeboden, waaruit zoo niet schelmerij, in ieder geval schuld van den eigenaar van het schip zou volgen;

„O., dat in het interlocutoir arr, hetwelk ook met betrekking tot de feiten eene zelfstandige motivering bevat, waarnaar in de einduitspraak wordt verwezen, de door de eischeresse te bewijzen gestelde feiten niet worden vermeld;

„dat daaromtrent in de zesde overw. gezegd wordt, dat de geïnt., eischeresse in cassatie, opnieuw op haar beweren van moedwillige brandstichting heeft aangedrongen, zich bereid verklarende om alle gestelde feiten te bewijzen, terwijl bij het onderzoek van het regtspunt die feiten alleen als schelmerij worden gequalificeerd en voorts de eischeresse tot het bewijs van moedwillige brandstichting door den verw. is toegelaten;

„dat deze beslissing omtrent de strekking van het door de eischeresse aangeboden getuigenbewijs is van feitelijken aard, en uit de aangevallen arr[n] niet blijkt dat de eischeresse daarenboven nog zou hebben aangeboden het bewijs van feiten, welke zouden medebrengen dat het verbranden van het schip door schuld van den verw. zou zijn veroorzaakt;

„O., dat derhalve aan het *middel* zijn feitelijke grondslag ontbreekt;

„O., dat als *tweede cassatie-middel* is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 246, 248, 637 en 721 K. en a. 1902 B.-W., omdat, schoon den verzekerde verbleef het provenu van onder de verzekering begrepen, behouden gebleven, en op het eiland San Nicolas verkochte booten en provenu, het Hof de nu eischeresse tot vergoeding aan hem van de volle verzekerde som heeft veroordeeld, uit overweging: 1° dat tegenover dat provenu uitgaven stonden, waaromtrent echter het onderzoek door het Hof werd nagelaten, of die uitgaven waren voor rekening der assuradeuren en of haar bedrag gelijkstond met, of overtrof het bedrag van bedoeld provenu; en 2° dat de nu verw. had geposeerd, dat over bedoeld provenu reeds rekening was geschied in rekening-courant, ofschoon de nu verw. dit positum niet, overeenkomstig zijne gehoudenheid daartoe, had bewezen;

„O , dat dit *middel* is gerigt tegen de voorlaatste overweging van het eindarr, hierop nederkomende, dat de door den geint. geheel subsidiair gemaakte opmerking, dat uit de verhooren voortvloeit dat het provenu van de op het eiland San Nicolas verkochte boot en provisien van de verzekerde som nog zal moeten worden afgetrokken, niet juist is, omdat van geen overschot is gebleken;

„O., dat deze beslissing, als berustende op de beoordeeling van hetgeen de getuigen verklaard hebben, is feitelijk

en dus daartegen in cassatie niet kan worden opgekomen, zoodat ook dit *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt de eischeresse in de daarop gevallen kosten."

N⁰. 3033. — Arrest van 29 Junij 1888.

(A. 302—307 js a^s 246 en volg. K. — A. 1703 en v. B.-W.)

Wanneer door iemand op zijn eigen leven eene levensverzekering is gesloten na zijn dood aan zijne weduwe uit te betalen, is alsdan na zijn overlijden laatstgenoemde tot de verzekerde som geregtigd krachtens haar eigen regt *uit de overeenkomst door haren eigen man ten haren behoeve gesloten?* — Ja.

Kan bij zoodanige overeenkomst sprake zijn van schenking zooals die bij de a. 1703 *vlg. B.-W. is geregeld, hetzij van de uitkeering zelve hetzij van de door den overleden man ter voldoening aan de overeenkomst betaalde premiën?* — Neen.

Namens den Proc-G. heeft de Adv.-G. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 246, 247, 302, 303, 304 en 305 K. en van a. 174, 175, 555, 559, 958, 1075, 1078, 1079, 1082, 1083, 1084, 1147, 1177, 1178, 1289, 1297, 1298, 1299, 1304, 1305, 1349, 1450, 1353, 1503, 1703, 1713, 1715, 1718 en 1815 B.-W, doordien hij het beklaagde arr. op irrelevante en met de wet strijdige gronden is aangenomen dat de uitkeering der som van *f* 15,000— aan de weduwe van P. na diens dood tegen betaling eener jaarlijksche premie van *f* 510.—, bedongen bij de door den overledene op zijn eigen leven genomen verzekering, niet behoort noch tot de huwelijksgemeenschap, noch tot de nalatenschap van P., en dat de weduwe die bate niet heeft geind krachtens

erfregt, maar krachtens haar eigen persoonlijk regt uit de overeenkomst, en dat, voor zooverre door die verzekering de weduwe kan gezegd worden te zijn bevoordeeld, deze bevoordeeling nergens bij de wet is verboden en geen regt geeft aan schuldeischers der nalatenschap om die bate voor zich te eischen, en dat ook de premiën geen gift zijn door P. aan zijne vrouw staande huwelijk gedaan.

„De toelichting van dit *middel* geeft mij aanleiding de volgende preliminaire opmerking te maken; het geldt hier eeen gewoon contract van levensverzekering ten behoeve van een derde, gelijk dat hier te lande vóór 1838 reeds gesloten werd; over het geoorloofde van die overeenkomst zie men de rede van den heer SYPKENS in 1826 (VOORDUIN IX, bl. 218 volg.); in het Romeinsche regt was het echter eene onbekende zaak; in Frankrijk bestond er lang twijfel over de validiteit zelve der levensverzekeringen, en schijnt deze voor het eerst erkend te zijn in 1836 door het Hof van Limoges (DALLOZ, *Assurances terrestres*, n⁰ 312 en 318); daar moesten zij in regten beoordeeld worden naar de beginselen van het gemeen regt (a. 1121 *Code Civil*, DALLOZ *ibid.* n⁰ 320).

„Dit onderwerp was daarentegen hier te lande reeds in 1838 geregeld bij het Wetb v. K. en daarom kunnen uit geen dier regten argumenten worden geput voor de opvatting onzer wetsvoorschriften, of de beslissing van een geschilpunt over zoodanig contract naar ons regt; dus is de reconstructie van dat contract naar Fransch regt of uit Romeinsche regtsbeginselen voor dit geding zonder nut.

„Nu is wel opgemerkt, dat het Wetb. v. K. niet regelt hoe en ten wiens profijte die contracten kunnen worden gesloten, maar zulks is onjuist; want hoe het contract tot stand komt, hangt af van den wil van partijen, te vinden in de polis, en a. 264 j⁰ 247 en 302 K. noemen als de bij de

overeenkomst bevoordeelden de daarbij belanghebbenden; mitsdien is het eenig vereischte, dat men belang hebbe bij het verzekerde lijf.

„Ik leid hieruit af, dat de *sedes materiae* in dit geding is *ons* contract van levensverzekering, een *contractus sui generis*, een exceptief contract, geregeld bij het W. v. K., en waarop alleen van toepassing zijn bepalingen van het B.-W., voor zoover daarin niet reeds is voorzien bij dat van K.

„De bewering van den eischer in cassatie is evenwel deze: a. 1353 B.-W. is op dit exceptieve contract van toepassing, dus moet er zijn contrapraestatie, en anders is er hier schenking en wel verboden schenking, weshalve het verzekerd kapitaal behoort aan den boedel.

„In dit contract tusschen den verzekerings-nemer en den verzekeraar ten behoeve van een derde, behoeft er van contra-praestatie door dien derde geen sprake te zijn; de wet spreekt alleen van belanghebbende, niet van contrapraestatie, noch van aanneming c. q. der verzekerde som.

„Het is een geheel eigenaardig contract, hetwelk de wetgever bestaanbaar oordeelde en regelde, omdat hij juist daarbij op het oog had de verzekering van het leven van den man, den kostwinner voor vrouw, moeder of kinderen, zijnde de belanghebbenden bij zijn leven (Voorduin IX, bl. 280, II).

„De bedoeling van den wetgever was dus hoofdzakelijk kapitaalvorming, welke haar beslag kreeg bij den dood van den verzekeringsnemer ten behoeve van een derde (Asser, c. s. ad a. 302, Holtius III, bl. 388, Kist IV bl 117, Diephuis, *Handelsregt* III, bl. 205). Volgens dezen is het voldoende bij eene verzekering op eigen leven in het algemeen aan te duiden, echtgenoot, kinderen, erf-

genaam en kan dus eerst na den dood blijken, wie de verzekerden zijn.

„Eene aanneming door P's vrouw vóór diens dood behoefde en kon ook daarom niet plaats hebben

„De quaestie van de herroepelijkheid van het voor den derden bedongen voordeel, doet tot dit geding niets af; de figuur der zaak is, dat de vrouw leeft en dat op hare vordering door den verzekeraar haar de premie is uitgekeerd.

„En deze kwam haar persoonlijk toe, want het regt om die te vorderen, werd eerst geboren op het oogenblik dat P. stierf; dat regt heeft *hij* nooit gehad en kon *hij* nimmer krijgen; dus kon het ook niet tot zijn boedel behooren en kon hij het niet nalaten.

„En nu laat ik nog daar de vraag, of 's Hofs juiste beslissing, „dat *bij polis* de uitbetaling aan de verweerderesse „*persoonlijk* na het overlijden van P. was verzekerd; — dat „de verpligting tot betaling door den verzekeraar na dat „tijdstip dateert, en dat de bate dus behoort noch tot de „huwelijksgemeenschap, noch tot de nalatenschap van P." niet is de uitlegging van een contract en alzoo *facti* (verg. onder aangehaald arr. van het Fransche Hof van cassatie).

„Voor zoover ik heb kunnen nagaan is alleen bij één arr. van het Hoog Geregtshof in Nederl.-Indië van 16 Nov. 1871 in deze materie beslist, „dat gelden voortspruitende uit weezenfondsen, welke door eene overledene aan zijne kinderen *nominatim* zijn verzekerd, niet behooren tot den boedel des overledenen, en dat alleen de verzekerden daarop regthebbenden zijn, afgescheiden van hunne hoedanigheid van erfgenamen. (*Indisch Weekblad van het Regt* 9de jg. bl. 205 n° 443; men vergelijke *Weekblad* n° 5274, bl. 4 en Dissert. W. H. de Savornin Lohman, *Regten van derden*

bij de overeenkomst van levensverzekering, 1886, bl. 3 en volg.).

„Ook het Fransche Hof van Cassatie besliste 2 Julij 1884 (SIREY, *Recueil* 1885, bl 1) in gelijken zin; dat arr., ook te vinden bij DALLOZ, *Supplément*, *Assurances terrestres* n⁰ 427, wordt bestreden in n⁰ 429, op gronden ontleend aan de algemeene beginselen van a. 1121 van den *Code*; maar, gelijk ik reeds zeide, ons daaruit overgenomen a. 1353 B.-W. (ASSER § 700, bl. 478) is in deze *onze* norma niet, maar het W. v. K.

„Er is hier geen gewoon contract met een beding ten voordeele van een derde, als bedoeld bij a. 1353 met de daaraan vastgeknoopte bepalingen, maar een zelfstandige overeenkomst van bijzonderen aard, afgescheiden van die bepalingen, bij de wet afzonderlijk geregeld.

„Daargelaten dus, of wel eene overeenkomst als bedoeld bij a. 1353, waarvan het beding is aangenomen, als een schenking is aan te merken (DIEPHUIS, *Systeem* X, st. II, bl. 430), zoo kan zeer stellig eene levensverzekering geen schenking in den zin der wet opleveren, vallende in de termen van a. 1703 B.-W., en mitsdien een verboden schenking zijn op grond van a. 1715.

„Immers a. 247 en 248 erkennen het regt tot het sluiten dezer verzekering; toepasselijk is dus a. 264 K., hetwelk verzekering van belang van derden buiten diens weten toelaat, terwijl a. 302 volg. de algemeene regelen bevatten, noodig voor het sluiten van het contract, hetwelk ten aanzien van de voorwaarden afhangt van de bedingen van partijen in de polis nedergelegd. Het doel is bevoordeelen van iemand tegen betrekkelijk geringe periodieke betalingen gedurende het leven, maar iedere bevoordeeling is geen schenking.

„Van schenking is de rede niet; deze zou moeten we-

zen onder de levenden, moeten zijn aangenomen en het goed ontvangen bij het leven van den schenker, moeten betreffen het tegenwoordig goed van den schenker, moeten zijn tusschen de twee contracteerende partijen, *in casu* de man en de vrouw; — van dat alles is hier niets.

„Evenmin is het eene werkelijke schenking, gehuld in den vermomden vorm van eene andere overeenkomst, want het is eene bij de wet erkende wijze om krachtens contract aan iemand premien uit te keeren gedurende het leven, om daardoor zeker te zijn dat na zijn dood het bedongen kapitaal aan de verzekerde worde uitgekeerd.

„Daardoor kan wel iemand bevoordeeld worden, in afwijking van sommige bepalingen van Burg. regt, maar dat geeft geen bevoegdheid om de speciale overeenkomst ter zijde te schuiven en er een verboden schenking van te maken.

„En aangenomen nu eens, dat men deze levensverzekering tot eene verboden schenking aan de vrouw zou verheffen, dan zou het kapitaal toch komen aan de kinderen of hunne regtverkrijgenden, en niet aan den boedel, zoodat hier zou kunnen gelden de regel *point d'intérêt*, *point d'action;* maar dit te onderzoeken ligt niet op onzen weg, en ik heb alleen nog te zeggen dat, gelijk het goed gemotiveerd arr. met juistheid de hoofdvraag oploste, het evenzeer teregt de subsidiaire eisch écarteerde met de bemerking, dat de premiën geene gift zijn door P. aan zijne vrouw staande huwelijk gedaan, maar eene door hem aangegane persoonlijke schuld aan *de Gresham*, welke nimmer in eene bate kan worden herschapen; — zulks is feitelijk en in ieder geval juist; want de vrouw had het bedrag der premiën nimmer ontvangen, wel *de Gresham.*

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den req. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 246, 247, 302, 303, 304 en 305 K. en van de a. 174, 175, 555, 559, 958, 1075, 1078, 1079, 1082, 1083, 1084, 1147, 1177, 1178, 1289, 1297, 1298, 1299, 1304, 1305, 1349, 1350, 1353, 1503, 1703, 1713, 1715, 1718 en 1815 B.-W., doordien bij het beklaagde arr. op irrelevante en met de wet strijdige gronden is aangenomen dat de uitkeering der som van *f* 15,000 aan de wed. van P., na diens dood tegen betaling eener jaarlijksche premie van *f* 510,— bedongen bij de door den overledene op zijn eigen leven genomen verzekering, niet behoort noch tot de huwelijksgemeensehap noch tot de nalatenschap van P., en dat de weduwe die bate niet heeft geind krachtens erfregt, maar krachtens haar eigen persoonlijk regt uit de overeenkomst, en dat voor zooverre door die verzekering die weduwe kan gezegd worden te zijn bevoordeeld, deze bevoordeeling nergens bij de wet is verboden en geen regt geeft aan schuldeischers der nalatenschap om die bate voor zich te eischen, en dat ook de premiën geen gift zijn door P. aan zijne vrouw staande huwelijk gedaan;

„O., dat het Hof zich bij het bestreden arr. *in jure* twee vragen had gesteld: 1° is het contract in deze met de levensverzekeringsmaatschappij gesloten eene wettige overeenkomst? en 2° wie heeft na het overlijden van P. regt op de verschuldigde uitbetaling, de nalatenschap van P., of de eerste geïnt, nu verw^sse^ in cassatie?

„O., dat het Hof de eerste vraag bevestigend heeft beantwoord, en dat bij de tegenwoordige voorziening in cassatie tegen die beslissing niet is opgekomen, doch het *middel* alleen is gerigt tegen de beantwoording der tweede vraag, vermits het Hof heeft aangenomen, dat de bij het

contract van verzekering bedongen uitkeering aan verw^sse *persoonlijk* was verzekerd na het overlijden van haren echtgenoot en tevens dat noch die uitkeering noch de door P. bij zijn leven betaalde premiën, door hem aan zijne vrouw zijn geschonken;

„O., dat echter door die beslissing geen der bij het *middel* aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast;

„dat toch bij de a. 302 tot 307 j^0 de a. 246 vlg. K de overeenkomst van levensverzekering is erkend en geregeld, zoodat de als geschonden aangegeven a. van het B.-W., slechts in zooverre daarvan bij die artikelen niet is afgeweken, op de levensverzekering kunnen worden toegepast, en zoolang die artikelen teregt zijn toegepast, niet kunnen zijn geschonden;

„O., dat het Hof *in facto* aannemende dat de uitbetaling bij het contract aan de verw^sse (toen geïnt.) was verzekerd *na het overlijden* van P., op grond van voormelde a. te regt heeft geoordeeld dat die bate niet behoort, noch tot de nalatenschap van P., noch tot de door diens dood ontbonden huwelijksgemeenschap, en de verw^sse daarop dus noch als erfgename van haren man, noch als deelhebster in de gemeenschap eenig regt kan doen gelden, zoodat verw^sse daartoe alleen geregtigd was krachtens haar eigen regt uit de overeenkomst, door haren man te haren behoeve gesloten;

„O., dat het Hof evenzeer te regt heeft beslist, dat hier geene sprake is van schenking noch van de uitkeering zelve, noch van de door P. gedurende zijn leven betaalde premien, vermits hier niet kan worden gedacht aan schenking, zooals die bij a. 1703 en vlg. B.-W. ts geregeld, daar het bedongen voordeel eerst na doode van den beweerden schenker zoude genoten worden en deze door het aangaan der overeenkomst ten behoeve van zijne vrouw

aan deze niets gaf, maar alleen eene mogelijkheid opende om na zijnen dood zeker voordeel te genieten, terwijl ook de betaling der premien niet als eene schenking in deze kan worden beschouwd, daar die betaald zijn tot voldoening van een wettig met een derde aangegane schuld uit de baten der gemeenschap;

„O., dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen.''

N° 3034. — Beschikking van 27 Julij 1888.

(A. 415, 388 B.-W. — A. 345 B.-R.)

Is hooger beroep toegelaten van de beschikking des kantonregters, waarbij de door de meerderheid der familieleden aangeduide persoon tot voogd is benoemd? — NEEN.
Zijn de bij de voogdij-benoeming te hooren bloed- of aanverwanten belanghebbenden *in den zin van a.* 345 *B.-R.?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze de volgende conclusie overgelegd:

„De Proc.-G. enz.,

„O. dat als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 415 B.-W. in verband met de a. 387, 388, 414 en 503 van dat Wetb. on met a. 38 R.-O., a 1 en 2 der wet van 18 April 1874, *St.* n° 68, a. 332 en 345 B.-R. en a. 14 Alg.-Bep.;

„O., dat dit *middel* is gerigt tegen eene beschikking van de regtb. te Arnhem, waarbij de requestranten niet-ontvankelijk zijn verklaard in hun verzoek om te vernietigen de door den kntr te Elst gedane benoeming van een curator en toezienden curator over J. G. S., op eigen verzoek onder curateele gesteld.

„O., dat die benoeming is geschied krachtens a. 415 B.-W.

en geen vonnis is of eene beschikking op request, waartegen de wet hooger beroep toelaat, zoodat de bestreden uitspraak reeds daarom juist is;

„O., dat tegen zoodanige benoeming, en alzoo ook tegen het appèl daarvan, het beroep in cassatie evenmin openstaat;

„O. toch, dat slechts in één enkel geval de regtb. bevoegd wordt verklaard van die uitspraak kennis te nemen, namelijk wanneer de benoeming is geschied in strijd met het gevoelen van de meerderheid der gehoorde familie-leden; dat er dan nog eene bijzondere wijze is voorgeschreven waarop de uitspraak komt ter cognitie van de regtb. en er geene andere wetsbepaling bestaat, die de regtb. bevoegd verklaart in zoodanig cas in hooger beroep te oordeelen;

„O., dat het aangevoerde *middel* berust op de bewering, dat de eerste requestrant als aangehuwde den curandus in naderen graad bestaande, volgens a. 388 B.-W. door den kntr had moeten zijn gehoord, doch dat dit a spreekt van een verhoor uit de naaste familie-leden, en niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven;

„O., dat de wetgever het teregt aan de prudentie van den kntr heeft overgelaten te beslissen, welke familie-leden hij in het belang van den curandus meent te moeten hooren, en het niet mag worden aangenomen, dat deze uit partijdigheid tegen dat belang een familie-lid zou uitsluiten of voortrekken;

„O., dat zich ook niet heeft voorgedaan het geval voorzien bij a. 415, al. 1, B.-W., daar de kntr heeft gevolgd het gevoelen van de meerderheid der familie leden, en dus een request van de minderheid en van een niet gehoord familie-lid voor de regtb. geen punt van onderzoek kan uitmaken;

(Verg. hierover, behalve de reeds in de stukken voorkomende citaten, Mr. GREEVE, uitgaaf VAN DER KEMP's *Kantonrechter* § 121, blz. 400 volg.)

„Concludeert tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers tot ontzegging van de ingestelde voorziening in cassatie."

De voorziening werd verworpen bij de volgende

BESCHIKKING. — De H.-R der Ned. enz.

„Gezien bovenstaand verzoekschrift;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 415 B.-W. in verband met de a 387, 388, 414 en 503 van hetzelfde Wetb., mede in verband met a. 38 R.-O. en de a. 1 en 2 der wet van 18 April 1874, *St.* n⁰ 68, alsmede de a. 332 en 345 B.-R. en a. 14 Alg.-Bep;

„O., dat volgens a. 415 B.-W. de benoeming dadelijk van kracht is, wanneer de kntr den persoon benoemt, die door de meerderheid der familie-leden is aangeduid, en dus in zoodanig geval door dat a. geen regt van hooger beroep op de arr. regtb. is gegeven;

„dat de vraag of door den kntr inderdaad de familie-leden gehoord zijn, welke daartoe volgens a. 388 B.-W. in de eerste plaats in aanmerking moesten komen, evenmin ten deze een punt van onderzoek kan uitmaken, omdat het regt van appèl en cassatie van beschikkingen op requesten naar a 345 B.-R alleen gegeven wordt aan hen, die zoodanige beschikkingen hebben verkregen en aan de overige belanghebbenden;

„dat het hooren van bloed- en aanverwanten bij benoemingen des kntrs geschiedt in het belang van de minderjarige en onder curateele gestelde en niet in dat der te hooren personen;

„dat zij dus in den zin van a. 345 voornoemd niet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt en, daar aan

de te hooren verwanten ook elders nergens een regt van hooger beroep of cassatie gegeven wordt, de req[n] dus in het door hen ingesteld hooger beroep teregt zijn verklaard niet-ontvankelijk;

„O., dat alzoo het voorgestelde *middel* is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening."

N⁰ 3035. — Arr. van 12 October 1888.

(A. 138 j° 207 B.-W.)

Is bij a. 138 *B.-W. bepaald, dat huwelijken tusschen Nederlanders of tusschen Nederlanders en vreemdelingen in een vreemd land aangegaan geldig zijn, indien die naar den vorm, in dat land gebruikelijk, zijn voltrokken, mits de afkondigingen hier hebben plaats gehad?* — JA.

Is bij a. 207 *B.-W. de werking der huwelijksvoorwaarden ten aanzien van derden afhankelijk gemaakt van de overschrijving der huwelijksvoorwaarden in het register gehouden ter griffie der regtb. van het arrondissement, binnen hetwelk de akte van huwelijksvoltrekking moet zijn overgeschreven?* — JA.

In deze zaak heeft, namens den Proc.-G., de Adv.-G. GREGORY de volgende conclusie genomen:

„Als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 6 en 10 A.-B., 139, 198, 207, 977, 1000 en 1905, alle B.-W., hetzij afzonderlijk, hetzij in verschillend onderling verband en zulks ook bij vergelijking van gemeld a. 207 met de bewoordingen der slotbepalingen van a. 127, 132 en 147, mitsgaders met die van a. 155, alle insgelijks van dat wetboek, aangezien namelijk het Hof, na met juist verstand van hetgeen in de wet houdende A.-B. voorkomt, de eenige vraag te hebben onderscheiden van wier beantwoording de uitslag van het geding moest afhangen, van dien goeden weg afweek door te gaan

vragen, of hier beantwoord werd aan de vereischten van het Nederlandsche regt, om van kracht te laten wezen de bepalingen, welke mogten voorkomen in eene, in den vreemde verleden, *akte* van *huwelijksche voorwaarden* en dat nog wel in een geval, gelijk hier, waar zoodanig *contract antenuptial niet* was opgerigt.

„De steller van het *middel* en van de toelichting daarvan heeft blijkbaar het beklaagde arr. niet goed begrepen

De in het arr. gevoerde redenering is deze: het moet als de wil van de eischeres en haren echtgenoot worden aangenomen „dat hun huwelijksgoederen-regt zou worden beheerscht „door de Wet des Lands van het huwelijks-domicilie, *in casu* „tevens de nationale wet van den man, des dat, bij het „ontbreken van eene formeele wilsverklaring omtrent de „keuze van de eene of andere beperkte gemeenschap, stil- „zwijgend de algeheele gemeenschap naar het Nederland- „sche regt voor hen zou gelden." Maar het is „bewezen, „dat zij en haar man — zij het ook in testamentairen „vorm — wel degelijk huwelijks-voorwaarden hebben ge- „maakt, waarbij de algeheele huwelijksgemeenschap, *naar* „*onze wet* is uitgesloten."

„En nu komt het Hof tot het besluit, dat de eischeres „niet-ontvankelijk [behoort] verklaard te worden in hare „vordering, op grond dat zij hare huwelijks-voorwaarden „tegenover derden niet kan laten werken, als hebbende „de in het buitenland gehuwde echtgenooten de voormelde „bepalingen niet doen overschrijven ter griffie der regtb., „waar hunne huwelijksakte is overgeschreven."

„Het is voornamelijk tegen de uitlegging, door het Hof aan a. 207 B.-W. gegeven, dat de grief der eischeres gerigt is. Bij de toelichting van het *middel* wordt beweerd: dat „a. 207 B.-W. uit *twee* deelen bestaat, waarvan het *eerste* „deel betrekking heeft op huwelijken, in Nederland ge-

„sloten en dus niet toepasselijk is op een huwelijk, tusschen „een vreemde vrouw en een Nederlander, waarvan hier de „rede is — en waarvan het *tweede* deel hier ook zijne toe„passing mist, omdat in de onderstelling (des neen) dat „onder *huwelijksakte* in den laatsten regel van a. 207 *akte van* „*huwelijksche voorwaarden* is te verstaan, dit tweede deel niet „voor toepassing vatbaar is, waar die huwelijksche voor„waarden in geheime testamenten zijn vervat."

„Hoe komt men aan dat alles? In het arr. is niets te vinden wat het vermoeden wettigen zou, dat het Hof het woord „*huwelijksakte*" als „*akte van huwelijksche voorwaarden*" had opgevat. Evenmin geeft het a. aanleiding om daarin eene scherpe onderscheiding tusschen in Nederland en in het buitenland gesloten huwelijken te zien. Blijkbaar wil men daarin lezen (bepaaldelijk in het slot) dat bij in het buitenland gesloten huwelijken overschrijving der *huwelijksakte* voldoende is. Maar hoe men tot zulk eene uitlegging komen kan zonder aan de woorden en den zin van het a. geweld aan te doen, verklaar ik niet te begrijpen. Naar mijne opvatting, is de beteekenis van het a. eenvoudig deze. De bepalingen, in huwelijksche voorwaarden voorkomende, waarbij van de wettelijke gemeenschap wordt afgeweken, moeten, om ten aanzien van derden te kunnen werken, altijd worden overgeschreven in een openbaar register, onverschillig of het huwelijk hier te lande dan wel in het buitenland is aangegaan; in het eerste geval ter griffie der regtb. van het arrondissement, waarin het huwelijk is voltrokken, in het laatste geval ter griffie der regtb. van het arrondissement, waar de huwelijksakte is overgeschreven (a. 139 B.-W.).

Nog wordt beweerd dat het voldoende is, dat de *huwelijksakte* is overgeschreven omdat „*ius vigilantibus scriptum* „*est*" en hij, die weten wil onder welke huwelijksche voor-

waarden het huwelijk in den vreemde gesloten, zelf zich de middelen verschaffen kan om zich daarvan te vergewissen. Het is echter duidelijk dat dit argument te veel en dus niets bewijst. Want het geldt evenzeer ten aanzien der hier te lande gesloten huwelijken, en het is juist omdat derden zich die middelen niet altijd kunnen verschaffen, dat de wetgever de bepaling van a. 207 heeft vastgesteld. Ik ga nog verder, en meen dat hetgeen voor de huwelijken hier te lande aangegaan, een vereischte is, *a fortiori* gevorderd wordt voor de buiten 's lands gesloten huwelijken, omdat een onderzoek naar hetgeen dáár heeft plaats gehad, met nog veel grooter moeijelijkheden gepaard gaat.

„Het zou — zoo wordt verder beweerd — de magt van den Nederlandschen regter te buiten gaan om aan vreemde notarissen of regterlijke ambtenaren verpligtingen voor te schrijven, die deze in Nederland zouden hebben te vervullen. Maar, men gevoelt het, daarvan is hier allerminst sprake. De wetgever legt hier geen verpligtingen aan ambtenaren op; hij verbindt alleen een gevolg aan het niet naleven van eene door hem vastgestelde bepaling.

„De grief eindelijk, dat het Hof bij a. 207 zou onderscheiden tusschen hen, die de Nederlandsche wet wèl en hen, die haar niet kennen, is geheel ongegrond, omdat het Hof alleen *ex superabundanti* verklaart, *dat deze* echtelieden met de Nederlandsche wet bekend waren.

„Mijne conclusie strekt tot verwerping van de voorziening, met veroordeeling van de eischeres in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Gezien de stukken;

„O, dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 6 en 10 A.-B. 139, 198, 207, 977, 1000 en 1905, alle B-W., hetzij af-

zonderlijk, hetzij in onderling verband, en zulks ook bij vergelijking van gemeld a. 207 met de bewoordingen der slotbepalingen van de a. 127, 132 en 147, mitsgaders met die van a. 155, insgelijks van dàt wetb., op de gronden in de dagvaarding omschreven;

„O., dat de eischeresse in cassatie bij het bestreden arr. is niet-ontvankelijk verklaard in hare vordering „op grond dat zij hare huwelijksvoorwaarde tegenover derden niet kan laten werken, als hebbende de in het buitenland gehuwde echtgenooten de voormelde bepalingen niet doen overschrijven ter griffie der regtb., waar hunne huwelijksakte is overgeschreven";

„O, dat die beslissing is juist en geheel overeenkomstig de bepalingen der wet; dat toch bij a. 138 is bepaald dat huwelijken tusschen Nederlanders of tusschen Nederlanders en vreemdelingen in een vreemd land, geldig zijn, indien die naar den vorm, in dat land gebruikelijk, zijn voltrokken, mits de afkondigingen hier hebben plaats gehad, terwijl bij a. 207 B.-W. de werking der huwelijksvoorwaarden ten aanzien van derden afhankelijk gemaakt is van de overschrijving der huwelijksvoorwaarden in het register, gehouden ter Griffie der regtb. van het arrondissement, binnen hetwelk de akte van huwelijksvoltrekking moet zijn overgeschreven;

„O., dat het Hof mitsdien teregt, hier, waar beweerd wordt dat huwelijksvoorwaarden zijn aangegaan, waarbij de algeheele gemeenschap van goederen is uitgesloten, en niet beweerd wordt, dat die huwelijksvoorwaarden in gemeld register zijn overgeschreven, aan die huwelijksvoorwaarden alle kracht tegenover derden heeft ontzegd, zoodat het ook door die beslissing geen der aangehaalde a. heeft geschonden of verkeerd heeft toegepast;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt de eischeresse in de kosten in cassatie gevallen.”

N^{0}. 3036. — Arrest van 19 Oct. 1888.

(A. 604—625; a. 1692 B.-W.; a. 4, 5 en 130 B.-R.)

Is tegen de vordering der nu eischers, optredende als Kerkvoogden van de Hervormde Gemeente te Nederhorst den Berg, ingesteld om in het bezit hersteld en gehandhaafd te worden van het kerkgebouw dier gemeente, de exceptieve verwering: „dat de eischers de hoedanigheid van Kerkvoogden niet bezitten”, teregt door de regtb. vooraf onderzocht, en, toen het van hen eischers gevorderd bewijs niet geleverd werd, toegewezen? — JA.

De Proc.-G. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischers in cassatie zijn bij het beklaagde vonnis niet-ontvankelijk verklaard in de door hen ingestelde possessoire vordering, omdat zij niet hebben bewezen de qualiteit van kerkvoogden, waarin zij in dit geding zijn opgetreden, en beweren bezeten te hebben het kerkgebouw, in welks bezit zij vorderen hersteld en gehandhaafd te worden. Daardoor zouden geschonden, althans verkeerd toegepast zijn een veertiental a. van den 2^{en} titel, 2^{e} boek, B.-W., benevens a. 1692 van dat wetboek en de a. 4, 5 en 130 B.-R.; want de regtb. zou, oordeelende zooals zij gedaan heeft, voorbij hebben gezien den feitelijken aard van het possessoir geding, en hare beslissing zou ook niet worden goed gemaakt door een beroep op het beheersreglement van de Hervormde gemeente te Nederhorst den Berg, omdat hier van een optreden *voor de gemeente* geen sprake is, en in elk geval de bepaling van een reglement, naar aanleiding van a. 1692 cit. gemaakt, wie voor het ligchaam

in regten staat, nooit wegneemt, dat regtens ten processe procedeert wie bezitter beweert te zijn.

„De regtb. beslist met zoovele woorden, niet alleen dat de eischers in het hoofd hunner dagvaarding vermeld hebben op te treden als kerkvoogden van de Hervormde gemeente te N. d. B., maar ook dat zij daarbij hebben gesteld als kerkvoogden dier gemeente tot 11 Maart 1889 het bezit van het kerkgebouw te hebben gehad en toen te hebben verloren. De eischers hebben dus niet gevorderd, hersteld en gehandhaafd te worden in een bezit, dat zij in hun privé, voor zich zelven, hebben gehad; maar zij zijn opgetreden als kerkvoogden voor de gemeente om hersteld en gehandhaafd te worden in een bezit, dat zij zelven stellen in qualiteit van kerkvoogden, en dus voor de gemeente, te hebben gehad; en dat dit is de in cassatie onaantastbare uitlegging door de regtb. aan de dagvaarding gegeven blijkt mede uit de 6e overw. *in jure* van het vonnis. En is dat zoo, dan moeten de eischers in cassatie tegenover de ontkentenis der verws hunne qualiteit van kerkvoogden bewijzen, en kunnen de verws bij gebreke van dat bewijs, niet gedwongen worden met de eischers in de door dezen in dit geding aangenomene qualiteit te litis-contesteren. Het tegendeel kan uit de in het *middel* aangehaalde a. niet volgen. Want wanneer degene die in zekere qualiteit ten possessoire ageert, belast wordt met het bewijs dier qualiteit, dan wordt niet van hem gevorderd dat hij zijn regt om te bezitten zal bewijzen, maar slechts dat hij zal bewijzen te zijn de persoon die in regten opkomt, en wanneer, om bij deze zaak te blijven, van deze eischers gevorderd wordt dat zij zullen bewijzen kerkvoogden te zijn, dan is dit niet een overbrengen van den strijd op petitoir terrein, vermits daardoor niet plaats heeft een onderzoek naar het regt van de kerkelijke gemeente om door hare kerkvoogden te be-

zitten, maar slechts van de bevoegdheid van deze eischers om als kerkvoogden voor de kerkelijke gemeente ter handhaving harer bezitsregten op te treden.

„Overigens beslist de regtb., dat volgens het beheersreglement van de Hervormde gemeente te N. d. B. alleen kerkvoogden, d. z. degenen die door het bevoegd gezag zijn aangesteld, zoolang zij als zoodanig werkzaam blijven, voor de gemeente optreden en processen kunnen voeren, en die uitlegging van het Reglement kan in cassatie niet worden bestreden. Maar dan is de beslissing van de regtb. volkomen juist, en kan daartegen niet afdoen de bewering der eischers, dat regtens ten possessoire procedeert wie bezitter beweert te zijn, omdat, zooals ik reeds zeide, deze eischers in dit geding niet een bezit voor zich, maar alleen een bezit als kerkvoogden hebben gesteld en hunne bewering dat zij niet optreden voor de gemeente, feitelijk is onjuist.

„Het *middel* acht ik dus ongegrond. Dat a. 619 B-W. waarop door de eischers bij pleidooi vooral gewezen is, ook reeds daarom hier niet kan zijn geschonden, omdat de actie van dat a. hier niet is ingesteld, is teregt door den pleiter voor de verw[s] opgemerkt.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischers in hun privé in de kosten."

ARREST — De H.-R. der Ned. enz.

„Partijen gehoord;

„Gehoord den Proc.-G. in zijne conclusien, strekkende enz.;

„Gezien de stukken;

„O, dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 604, 605, 606, 607, 613, 614, 615, 616, 618, 621, 622, 623, 624 en 1692 B.-W., en a. 4, 5 en 130 B.-R., omdat het vonnis voorbij heeft gezien, dat de aard van een possessoir geding is geheel van

feitelijken aard, en dat dus van de eischers, die in eene qualiteit ten possessoire optreden, wel kan gevorderd worden, bewijs van het feitelijk bezit dat zij stellen, en van de feitelijke verhouding waarin zij optreden, doch niet het bewijs van hun regt op de gevoerde qualiteit, te minder waar dat bewijs, gelijk *in casu*, den strijd geheel op het petitoir terrein zou overbrengen, en mitsdien de met de wet strijdige toewijzing der disqualificatoire exceptie evenmin wordt goedgemaakt door de verwijzing naar de dagvaarding waarin juist de possessoire eisch naar stijl is vervat, als door het beroep op het Reglement, want dat vooreerst *in casu* voor een optreden „voor de gemeente" bij den eisch geen sprake is, en in elk geval de bepaling van een Reglement naar aanleiding van a. 1692 B.-W. gemaakt, wie voor het ligchaam in regten staat, nooit wegneemt, dat rechtens ten possessoire procedeert wie bezitter beweert te zijn;

„O. daaromtrent, dat tegen de vordering door de tegenwoordige eischers, optredende als kerkvoogden van de Hervormde gemeente te Nederhorst den Berg, ingesteld om in het bezit hersteld en gehandhaafd te worden van het kerkgebouw dier gemeente, door de gedaagden, thans verweerders, is gevoerd de exceptieve verwering, dat de eischers de hoedanigheid niet bezitten, welke zij zich toeschrijven;

„dat deze exceptie teregt door de regtb. vooraf onderzocht en, toen het van de eischers gevorderd bewijs niet geleverd werd, toegewezen is;

„dat hierdoor de strijd niet werd overgebragt op petitoir terrein, omdat het beroep der eischers op hunne vermelde qualiteit, volgens de uitlegging van den regter aan de dagvaarding gegeven, niet de strekking had om een titel aan te voeren, waarop een hun toekomend bezit zoude

berusten, maar zij beweerden alleen in die qualiteit bezeten te hebben, en dus ook als zoodanig in regten op te treden;

„dat tegen dit optreden de disqualificatoire exceptie was gerigt en er geene reden is om te dien aanzien tusschen bezit-acties en andere vorderingen te onderscheiden;

„dat bepaaldelijk het beroep der eischers op het derde lid van a. 619 niet kan opgaan, omdat, welke beteekenis men overigens aan die bepaling te hechten hebbe, zij *in casu*, waar geene gewelddadige ontzetting was gesteld, alle toepassing mist;

„dat het voorgestelde *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in hun privé in de kosten."

N⁰. 3037. — Beschikking van 19 October 1888.

(A. 875 B.-R.).

Is tegen de uitspraken der hoven, regtbanken en kantonregters aangaande de toelating om kosteloos te procederen een beroep in cassatie ontvankelijk? — NEEN.

BESCHIKKING. — De H.-R der Ned. enz.

„Gehoord het rapport van raden-commissarissen;

„Gelet op de conclusie van den Adv.-G. GREGORY, strekkend tot afwijzing van het verzoek;

„O., dat namens de wederpartij voor raden-commissarissen is verschenen Mr. P., die het verzoek heeft tegengesproken;

„O., dat volgens a. 875 B.-R. de uitspraken der Hoven, Regtbanken en Kantongeregten aangaande de toelating om kosteloos te procederen, aan geen hooger beroep zijn onderworpen;

„O, dat de uitdrukking „hooger beroep" in dit a. blijkens de geschiedenis der wetgeving omtrent de toelating om kosteloos te procederen, niet in den beperkten zin moet worden opgevat, dat daardoor alleen het appèl zou worden verstaan, maar in de ruimere beteekenis van elk beroep op een hoogeren regter, zoodat ook het beroep in cassatie daardoor wordt uitgesloten;

O, dat mitsdien nu reeds blijkt, dat de requestrant in zijn beroep in cassatie niet zou zijn ontvankelijk;

„Gezien de a. 862 en 864 B.-R.;

„Ontzegt den suppliant zijn gedaan verzoek."

N⁰ 3038. — Arrest van 26 October. 1888.

KOLONIAAL APPEL.

Is tot interventie bevoegd hij voor wien de toewijzing eener tusschen derden aanhangige vordering winstderving ten gevolge kan hebben? — JA.

In de zaak van de Vennootschap op aandeelen met beperkte verantwoordelijkheid, genaamd „The Alliance Phosphate Company Limited" te Londen, tegen de Naaml. Vennootschap „The Aruba Island Goldmining Company Limited" te Londen, en tegen de Naaml. Vennootschap „Aruba Phosphaat-Maatschappij" te Curaçao, heeft het O.-M. bij den H.-R. geen conclusie genomen, doch is na de pleidooijen gewezen het volgende arr.:

ARREST. — De H.-R. d Ned. enz

„Partijen gehoord;

„Gezien de stukken, meer in het bijzonder het vonnis van het Hof van Justitie te Curaçao van 5 Aug. 1887, waarvan ten deze is geappelleerd;

„O. ten aanzien der feiten en gevoerde procedures in

eersten aanleg, dat de H.-R. overneemt hetgeen daaromtrent is vermeld in het bestreden vonnis;

„O., dat de geïntim., verzoekster tot interventie, bij dat vonnis is toegelaten in het tusschen de oorspronkelijke eisch[sse] en de ged. hangende regtsgeding, ten einde te dier zake met genoemde partijen voort te procederen;

„O., dat de app. 5 Aug. 1887 ter griffie van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao tegen dat vonnis hooger beroep heeft aangeteekend, en met adhaesie aan en tot vervolging van dat hooger beroep bij akte van 19 Sept. 1887 de geïnt. heeft gedagvaard om te verschijnen voor den H.-R., ten einde op nader te ontwikkelen gronden en middelen ten dienenden dage te hooren concluderen tot tenietdoening van het appèl, mitsgaders van het vonnis waarvan is geappelleerd, van 5 Aug. 1887, en tot niet-ontvankelijk-verklaring der „Aruba Island Goldmining Company Limited" in haar verzoek tot interventie in het tusschen de oorspronkelijke eisch[sse] en de oorspronkelijke ged. aanhangige regtsgeding en haar het daartoe gedaan verzoek zal ontzeggen, met verdere veroordeeling van de voormelde „Aruba Island Goldmining Company Limited" in de kosten van beide instantiën; en bij exploot van dagvaarding van 17 Oct. 1887 aan de mede-geïnt de „Aruba Phosphaat Maatschappij", gevestigd op Curaçao, heeft verklaard en aangezegd dat zij inhaereert en vervolgt het hooger beroep namens haar aangeteekend tegen het bovengemeld vonnis;

„O., dat, nadat de app. hare bezwaren bij beteekende Memorie had uiteengezet, de geïnt. bij beteekende Contramemorie de door de app. aangevoerde grieven in het breede heeft bestreden en geconcludeerd heeft tot bevestiging van 's Hofs arr., kosten regtens, en dat de mede-geïnt akte

heeft verzocht dat zij zich refereert aan 's H.-Rs prudentie, kosten voor de verliezende partij;

„O. in regten dat de geïnt. bij het bestreden vonnis is toegelaten tot interventie in het tusschen de oorspronkelijke eischsse en de oorspronkelijke ged. hangend regtsgeding, omdat zij voorloopig voldoende haar belang in het tusschen partijen hangende geding heeft aangetoond;

„O., dat de app. tegen die beslissing opkomt, omdat de geïnt. geen belang bij dat geding zoude hebben;

„O. echter, dat die bewering is onjuist, vermits tusschen partijen vaststaat dat de tweede geïnt. de door app. opgevorderde gronden sinds jaren tot het graven van phosporzure kalk exploiteert, en tevens dat zij van de winst, die zij uit die exploitatie mogt behalen, een toenemend aandeel aan de eerste geïnt. verschuldigd is, welke mogelijke winstdeeling bij toewijzing der actie noodwendig kleiner zou worden, zoodat de eerste geïnt. regtstreeksch belang heeft bij de al of niet toewijzing van de vordering der app en dus ook belang om op de behandeling dezer zaak toe te zien;

„O., dat het bestreden vonnis derhalve juist is gewezen;

„Bevestigt dat vonnis en veroordeelt de app. in de kosten van het hooger beroep, daaronder begrepen die aan de zijde van de mede-geïnt. gevallen."

N⁰ 3039. — Arr. v. 2 Nov. 1888.

(A. 593; 721 B.-W.; a. 137 B.-R.).

Is alle feitelijk gebruik of genot, hetwelk ten aanzien van erfdienstbaarheden, wier vatbaarheid voor bezit niet door het tweede lid van a. 593 B.-W. wordt uitgesloten, het karakter heeft van de uitoefening van zoodanige erfdienstbaarheid, als bezit dier erfdienstbaarheid aan te merken, wanneer hij die dit gebruik of genot heeft, het als

uitoefening van erfdienstbaarheidsregt wil doen gelden? — JA.

Vordert a. 721 *B.-W. alleen dat de last die op het lijdend erf drukt, tot gebruik en ten nutte van het heerschend erf strekke dan wel dat er noodzakelijkheid bestond om het eerste aldus ten behoeve van het laatste te bezwaren?* — IN EERSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Is het regt om een beerput van een perceel te doen loozen op het riool van een ander perceel te beschouwen als eene voortdurende erfdienstbaarheid? — JA.

Indien partijen het over ter zake dienende en afdoende daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten mag de regter alsdan het verzoek om zich van dat bewijsmiddel te bedienen, weigeren? — NEEN.

Mag de regter het verzoek om van eenige ter zake dienende en afdoende daadzaak het bewijs te leveren, afwijzen, op grond dat die daadzaak niet in de dagvaarding is vermeld? — NEEN.

Indien in een procedure op korten termijn eene der partijen feiten aanvoert, waarover zij getuigen wil doen hooren, heeft alsdan de andere partij de bevoegdheid om de bestaanbaarheid van dat bewijs te bestrijden of wel de gestelde feiten te ontkennen op de teregtzitting, waarover a. 137 *B.-R. handelt, op welke teregtzitting overigens volgens dat a., ook uitstel kan worden verleend, wanneer eene der partijen dit in haar belang verzoekt?* — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Van de beide *middelen* van cassatie luidt het *eerste:* schending en verkeerde toepassing van de a 585, 606, 608, 613, 618, 721, 722, 724 en 725 B.-W. en 199 en 201 B.-R., omdat de regtb. possessoir en petitoir verwarrende en eischen van noodzakelijkheid en voortduring stellende, die, voor zooverre zij begrijpelijk zijn, in elk geval zijn buiten de wet, voorbijziet, dat het bezit van erfdienstbaarheid van riool en loozing — welker wettelijk karakter voor zigtbaarheid en voortdurendheid het vonnis niet betwist — bestaat in het feitelijk genot, en dat hare stoornis mitsdien bestaat

in de feitelijke belemmering der loozing, en dat alzoo de regtb., op gronden in strijd met en buiten de wet, de ingestelde vordering heeft verklaard niet-ontvankelijk en het bewijsaanbod heeft gepasseerd.

„Blijkens het aangevallen vonnis zijn de feiten, door de eischers aangevoerd, deze: „dat de beerput, gelegen „op hun perceel, loost op het riool, gelegen op dat des „ged. en dat deze in de maand Dec. 1886 een gemetselden „dam heeft aangebragt of doen aanbrengen in zijn riool, „tengevolge waarvan het hemel- en vuil water en de fae„caliën, afkomstig uit eischers beerput, geen afloop meer „hebben." Na te hebben overwogen „dat de ged. niet alleen „heeft ontkend in zijn riool een gemetselden dam te heb„ben aangebragt of doen aanbrengen, maar evenzeer het „bestaan der bij dagvaarding geposeerde erfdienstbaarheid „en het bezit daarvan bij de eischers", stelt de regtb zich deze vraag ter beantwoording: „of de door eischers gepo„seerde feiten, al waren zij bewezen, voldoende zijn om „*het bestaan* dier erfdienstbaarheid te kunnen aannemen." Naar het mij voorkomt, plaatst de regtb. zich hier op een verkeerd standpunt. De quaestie toch liep niet over het *regt* maar over het *bezit* der erfdienstbaarheid van beerputloozing. De regtb. had dus niet als vraag moeten stellen: kan het *bestaan* dier erfdienstbaarheid door de geposeerde feiten worden bewezen? maar: kan daardoor het *bezit* dier erfdienstbaarheid worden bewezen? Even verkeerd is hetgeen de regtb. daarop in de 3e overw. laat volgen: „O. dat ont„kennend moet worden beantwoord, daar, al ware bewezen, „dat de beerput ten tijde der digtmetseling loosde op het „aangewezen riool, daaruit wel een *feitelijke toestand* van „loozing, niet echter eenig *regt* van loozing, veelmin eenige „last op gedaagdes perceel om die loozing te ontvangen zou „behoeven te volgen en het bestaan van een gat of ope-

„ning in de beerput des eischers of in het riool des ge-
„daagden, waardoor de loozing zou plaats gevonden hebben,
„zonder eenige verdere aanduiding van de *noodzakelijkheid*
„van deze wijze van loozing of van de *voortduring* daarvan,
„mede niet voldoende is te achten om het *bestaan* der erf-
„dienstbaarheid aan te nemen." Ten onregte wordt in deze Overw. steeds van het *regt* van erfdienstbaarheid, in plaats van het bezit daarvan gesproken. Had de regtb. zich de zaak juist voorgesteld, dan zou men in de bedoelde overw. niet gevonden hebben wat men er nu in aantreft. Want juist in dien *feitelijken* toestand van loozing ligt het bewijs voor het *bezit* der erfdienstbaarheid Zoodra er loozing uit mijn beerput in het riool van mijn buurman plaats heeft, heb ik het *genot* der loozing, en dus het *bezit* der erfdienstbaarheid.

„Of deze loozing *noodzakelijk* is, is geheel onverschillig: genoeg dat de loozing *plaats hebbe.* Evenmin komt het op de *voortduring* dier loozing aan. Natuurlijk moet eene erfdienstbaarheid, om voorwerp van *bezit* te kunnen wezen, zoowel zigtbaar als *voortdurend* zijn (a. 593, 2e lid, B.-W.). Maar de erfdienstbaarheid, waarover dit geding wordt gevoerd, heeft ontwijfelbaar dit dubbel karakter, gelijk dan ook werd beslist bij 's Raads arr. van 26 Jan. 1883 (v. D. Hon., *B.-R.*, XLVIII, 121). Maar met „*voortdurend*" bedoelt de wetgever geenszins dat het genot der erfdienstbaarheid *onafgebroken*, *zonder tusschenpoozen* moet plaats hebben (Cf. Diephuis, *Syst.* VI, 518): voor de erfdienstbaarheid van gootregt b. v. wordt niet gevorderd dat het water altijd doorloopt.

„Wanneer nu de eischers de door hen gestelde feiten hadden bewezen, dat namelijk de beerput, gelegen op hun perceel, loosde op het riool, gelegen op dat des verw. en dat deze in zijn riool een gemetselden dam had aange-

bragt of doen aanbrengen, tengevolge waarvan het hemel- en vuil water en de faecaliën, afkomstig uit de beerput der eischers, geen afloop meer hadden, dan zou daardoor bewezen zijn geweest *stoornis* in de loozing, d. i. in het *genot*, in het *bezit* der erfdienstbaarheid van beerput-loozing en had de vordering, door de regtb als eene vordering strekkende tot „herstelling en handhaving van de eischers „in het bezit van de erfdienstbaarheid van riool en loozing", aan dezen moeten zijn toegewezen.

„Ik houd alzoo het *eerste middel* voor gegrond.

„Als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a., bij het *eerste middel* aangehaald en bovendien van de a. 5, 103, 138, 139, 143—147, 200 en 202 B.-R. omdat der eischers nader gedaan bewijs-aanbod ook weêr niet-ontvankelijk is verklaard, en wel op grond, dat daarin melding wordt gemaakt van een feit, waarvan in de dagvaarding geen sprake is, schoon zulk een eisch is geheel buiten de wet en het evenmin juist is, ja, door het feitelijk résumé van het vonnis zelf wordt weêrsproken, dat op zulk een bewijs-aanbod de partij zich niet zou kunnen uitlaten."

„De overw. van het vonnis waartegen dit *middel* is gerigt, is deze: „dat de eischers in hun nader gedaan bewijs-aanbod „melding maken van eene verbindingsspruit tusschen hun „beerput en gedaagdes riool, doch hiervan in de dagvaar- „ding geen sprake is en het leveren van bewijs hiervan, „waaromtrent de gedaagde zich niet heeft kunnen uitlaten, „niet zou kunnen worden toegelaten."

„Het a. waarop het hier aankomt, is a. 199 B.-R. Het wordt wel niet *nominatim* in het *tweede middel* vermeld, maar daar wordt voorgesteld: „schending en verkeerde toepassing „van de a. bij het *eerste middel* aangehaald", en met a. 199 werkelijk in dat *middel* genoemd, moet natuurlijk

bedoeld a. geacht worden *met name* in het *tweede middel* te zijn opgenomen. „Indien partijen," zoo luidt dit a.: „het over „de daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij „de wet is toegelaten, *zal* de regter op verzoek van eene „der partijen, een getuigenverhoor bevelen" Het voorschrift is gebiedend (*). Dit blijkt uit de geschiedenis van het a., die men in het *Handboek* van v. D. HON. § 199, bl. 308, vindt opgeteekend. „Deze bepaling," zoo leest men daar, „welke bij het eerste ontwerp alzoo werd voorgedragen, „behelst, volgens de M. v. T. het beginsel, dat in zaken, „waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat, de regter „het getuigenverhoor *moet* bevelen, indien een der partijen „het vraagt." enz. Natuurlijk onder de *mits*, dat de feiten ter zake dienende en afdoende zijn. Dat dit ten deze niet het geval zou wezen, wordt niet beweerd. De regtb. wijst het bedoelde bewijs aanbod alleen af op grond dat er in de *dagvaarding* niet van een verbindingsspruit melding is gemaakt. Maar wat de regtb. vordert, vindt m. i. geen steun in de wet. Zeer zeker moet de dagvaarding (a. 5 sub 3° B-R.) *„het onderwerp"* van den eisch bevatten: de gedaagde moet weten *wat* van hem geëischt wordt, doch nergens vind ik voorgeschreven dat de eischer, op straffe van later zijn bewijs-aanbod te zien afgewezen, verpligt zou zijn allerlei bijzonderheden in zijne dagvaarding op te nemen. Uit het debat tusschen partijen kan de noodzakelijkheid geboren worden feiten te bewijzen, waarvan het nut der vermelding bij het stellen der dagvaarding nog niet kon worden vermoed. De eischer heeft bij de dagvaarding alleen *in hoofdzaak* aan te duiden *wat* door hem gevorderd wordt. Van de dagvaarding zegt dan ook de *Code de Pro-*

(*) Zie ook 's Raads arr. van 5 Maart 1852 (v. D. HON. *B.-R.* XIV. 189).

cédure civile in a. 1: „elle énoncera *sommairement* l'objet et „les moyens de la demande." etc. *In casu* konden dus de eischers volstaan met in de dagvaarding te stellen, dat de beerput van hun erf loosde op het riool van het erf des verweerders Immers was daarmede voldoende aangeduid dat het hier gold de erfdienstbaarheid van beerput-loozing en kon het geheel in het midden worden gelaten *door welk werk* de loozing geschiedde. Later, ten gevolge der ontkentenis des verweerders, kon het noodig worden — gelijk ook is gebeurd — te doen uitkomen dat de loozing door middel van een verbindingsspruit plaats had.

„In geen geval kon — zoo als misschien de regtb. heeft gemeend en zooals ook bij pleidooi, met aanhaling van a. 134 B.-R. is beweerd — aan eene verandering van het onderwerp van den eisch worden gedacht. De eisch bleef volmaakt dezelfde: hetgeen de eischers bewijzen wilden, viel niet buiten het kader der dagvaarding. Bovendien is teregt opgemerkt dat 's regters overweging *in jure*, als zou de verweerder zich over het bestaan van een verbindingsspruit niet hebben kunnen uitlaten, moeijelijk is overeen te brengen met hetgeen die regter zelf *in facto* verklaart, dat de verweerder bij pleidooi op het bedoelde bewijs-aanbod heeft geantwoord, al is het dan ook niet direct, maar indirect door het aanbieden namelijk van bewijs zijnerzijds.

„Dewijl alzoo ook het *tweede middel* mij gegrond voorkomt, heb ik de eer te concluderen, dat de H.-R. zal vernietigen het vonnis, waartegen het beroep in cassatie is gerigt, en regtdoende ten principale en doende wat de regtb. te A. had behooren te doen, de eischers alsnog zal toelaten om voor die regtb door alle middelen regtens en speciaal door getuigen de door hen gestelde feiten te bewijzen, behoudens tegenbewijs, en wel op dag en uur, ter diligentie van partijen door die regtb. vast te stellen; met

veroordeeling van den verw. in al de kosten, zoo in eersten aanleg, als in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 585, 606, 608, 613, 618, 721, 722, 724 en 725 B.-W. en 199 en 201 B.-R., omdat de regtb. possessoir en petitoir verwarrende en eischen van noodzakelijkheid en voortduring stellende, die voor zoover zij begrijpelijk zijn, in elk geval zijn buiten de wet, voorbijziet, dat het bezit van erfdienstbaarheid van riool en loozing, — welks wettelijk karakter van zigtbaarheid en voortdurendheid het vonnis niet betwist, — bestaat in het feitelijk genot, en dat hare stoornis mitsdien bestaat in de feitelijke belemmering der loozing, en dat alzoo de regtb. op grond en in strijd met en buiten de wet de ingestelde vordering heeft verklaard niet-ontvankelijk en het bewijsaanbod heeft gepasseerd:

„O., dat volgens het bestreden vonnis, de eischers hebben gevorderd te worden hersteld en gehandhaafd in het bezit van de erfdienstbaarheid van riool en loozing ten behoeve van het hun in eigendom toebehoorend perceel aan de Leidschestraat te Amsterdam en ten laste van dat des gedaagden aan de Keizersgracht aldaar, — tot staving van dien eisch aanvoerende dat de beerput gelegen op hun perceel, loost op het riool gelegen op dat des gedaagden en dat deze in Dec. 1886 een gemetselden dam heeft aangebragt of doen aanbrengen in zijn riool, ten gevolge waarvan het hemel- en vuil water en de faecalien, afkomstig van en uit der eischers voorschreven perceel geen afloop meer hebben;

„O. dat de uitgesproken niet-ontvankelijkheid hoofdzakelijk hierop berust, dat al ware bewezen dat de beerput ten tijde der digtmetseling loosde op het aangewezen riool

daaruit wel een feitelijke toestand van loozing, niet echter eenig regt van loozing, veelmin eenige last op gedaagdes perceel om die loozing te ontvangen, zou behoeven te volgen;

„O., dat deze beschouwing kennelijk uitgaat van het denkbeeld, dat omtrent eene erfdienstbaarheid, in wier bezit iemand beweert te zijn, in de eerste plaats moet blijken, dat zij als regt bestaat;

„O., dat deze meening is onjuist; dat toch alle feitelijk gebruik of genot, hetwelk ten aanzien van erfdienstbaarheden, wier vatbaarheid voor bezit niet door het tweede lid van a. 593 B-W. wordt uitgesloten, het karakter heeft van de uitoefening van zoodanige erfdienstbaarheid, als bezit dier erfdienstbaarheid is aan te merken, wanneer hij die dit gebruik of genot heeft, het als uitoefening van erfdienstbaarheidsregt wil doen gelden; en het derhalve niet aankomt op de vraag of het regt zelve al of niet bestaat;

„O., dat de regtb. hare beslissing verder hierop grondt, dat het bestaan van een gat of opening in den beerput der eischers of in het riool des gedaagden, waardoor de loozing zou plaats gevonden hebben, zonder eenige verdere aanduiding van de noodzakelijkheid van deze wijze van loozing of van de voortduring daarvan mede niet voldoende is te achten om het bestaan der erfdienstbaarheid aan te nemen;

„O., dat vermits deze beschouwing niet enkel het bestaan, maar ook de bestaanbaarheid der beweerde erfdienstbaarheid, welke bestaanbaarheid *wèl* een vereischte voor haar bezit is — raakt, in een onderzoek van het al of niet juiste daarvan behoort te worden getreden;

„O. te dien opzigte, dat a. 721 B.-W. wel vordert, dat de last, die op het lijdend erf drukt, tot gebruik en ten

nutte van het heerschend erf strekke, maar geenszins, dat er noodzakelijkheid bestond om het eerste aldus ten behoeve van het laatste te bezwaren;

„dat, volgens het tweede lid van a. 724 B.-W., voortdurende erfdienstbaarheden de zoodanige zijn, welker gebruik voortduurt of kan voortduren zonder dat daartoe des menschen toedoen noodig zij;

dat het bij de dagvaarding, naar luid van het vonnis, gestelde volkomen voldoende is om te beoordeelen of de erfdienstbaarheid in wier bezit de eischers beweren te zijn gestoord, in de termen van laatstgemelde wetsbepaling valt, zooals zij werkelijk doet; en dat dus ook hetgeen den regter in de tweede plaats voldoende is toegeschenen om de vordering niet-ontvankelijk te verklaren, daartoe geenszins voldoende is;

„O., dat uit het voorafgaande volgt, dat het *eerste middel* van cassatie is gegrond;

„O, dat als *tweede middel* is voorgedragen: schending en verkeerde toepassing van de a. bij het *eerste middel* aangehaald en bovendien van de a. 5, 103, 138, 139, 143—147, 200 en 202 B.-R., omdat der eischers nader gedaan bewijsaanbod ook weer niet-ontvankelijk is verklaard, en wel op grond, dat daarin melding werd gemaakt van een feit, waarvan in de dagvaarding geen sprake is, schoon zulk een eisch is geheel buiten de wet en het evenmin juist is, ja door het feitelijk résumé van het vonnis zelf wordt weersproken, dat op zulk een bewijsaanbod de partij zich niet zou kunnen uitlaten;

„O., dat dit *middel* is gerigt tegen de overweging: „dat de eischers in hun nader gedaan bewijs-aanbod melding maken van eene verbindingsspruit tusschen hun beerput en des gedaagdes riool, doch hiervan in de dagvaarding geen sprake is, en het leveren van bewijs hiervan, waaromtrent

de ged. zich niet heeft kunnen uitlaten, niet zou kunnen worden toegelaten";

„O. omtrent den eersten grond van beslissing, dat uit de a. 199 en 203 B.-R. volgt, dat, indien partijen het over ter zake dienende en afdoende daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, de regter het verzoek om zich van dat bewijsmiddel te bedienen niet mag weigeren;

„dat buiten de voorwaarden in gemelde a. vervat, de wet geen andere stelt, en de beperking tot de daadzaken, in de dagvaarding opgenomen, zich ook bepaaldelijk ook niet laat regtvaardigen door a. 5, 3⁰, B.-R, vermits dat voorschrift enkel strekt, om den ged. in zoover op de hoogte te brengen, dat hij kunne beoordeelen of hij de vordering al dan niet zal tegenspreken; en dat dus de regtb. het bedoelde aanbod enkel op grond van het stilzwijgen der dagvaarding omtrent het te bewijzen punt niet mogt afwijzen;

„O., dat zij dat evenmin mogt doen op grond, dat de ged. zich daaromtrent niet zou kunnen uitlaten;

„O. toch, dat met die woorden niet kan zijn bedoeld, dat de ged. buiten de gelegenheid geweest is om mondeling te antwoorden, nademaal, zooals teregt bij het *middel* wordt beweerd, het feitelijk résumé van het vonnis het tegendeel aantoont;

„dat het er dus voor moet worden gehouden, zooals namens den verw. bij pleidooi is aangevoerd, dat de regtb den aard der procedure op korten termijn op het oog heeft gehad in zoover deze de gelegenheid tot nadere schriftelijke conclusiën niet geeft;

„dat echter in dat geval de regter heeft voorbijgezien, dat de wetgever van het denkbeeld is uitgegaan, dat, indien in een zaak als de onderwerpelijke eene der partijen

feiten aanvoert, waarover zij getuigen wil doen hooren, de andere de toelaatbaarheid van het bewijs zal bestrijden of wel de feiten erkennen of ontkennen op de teregtzitting, waarover a. 137 B.-R. handelt, op welke teregtzitting overigens, volgens dat a., ook uitstel kan worden verleend, wanneer eene der partijen dit in haar belang verzoekt;

„O. dat alzoo ook het *tweede middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het vonnis door de arr.-regtb. te Amsterdam op 23 Junij 1887 tusschen partijen gewezen;

„En regt doende ten principale:

„Verklaart de eischers ontvankelijk in de door hen bij deurwaarders-exploit van 27 Dec. 1886 tegen den verw. ingestelde vordering;

„En voorts:

„O., dat uit het in het vonnis omtrent de gevoerde procedure overwogene moet worden opgemaakt, dat de ged., zonder het ter zake dienende en afdoende te betwisten van de feiten die de eischers ter teregtzitting hebben aangeboden te bewijzen, die feiten heeft ontkend;

„Laat de eischers toe, om voor de regtb. te Amsterdam op dag en uur door die regtb. te bepalen, door alle middelen regtens, speciaal door getuigen, te bewijzen, dat ten gevolge van het aanbrengen of doen aanbrengen van een steenen dam door den ged in diens riool de verbindingsspruit tusschen dat riool en der eischers perceel is verbroken, waardoor hemel- en vuil water en faecaliën, afkomstig van en uit der eischers perceel, geen afloop meer hebben in gezegd riool en dientengevolge zich verspreiden in der eischers perceel";

„Verwijst de zaak naar genoemde regtb. te dien einde en om haar verder met inachtneming van dit arr. te beregten en af te doen;

„Veroordeelt den verw. in de kosten in cassatie gevallen;

„Bepaalt dat de kosten van eersten aanleg zullen worden begrepen onder diegene, waarover bij de einduitspraak zal worden beslist."

N° 3039. — Arr. van 9 Nov. 1888.

(A. 667, al. 1, j° 596; a. 1495, 1777 en 1778 B.-W.)

Moet de verkooper eener zaak, die ten gevolge van een beding opgenomen in de tusschen hem en den kooper gesloten koopovereenkomst, de verkochte zaak tot nadere opzegging in bruikleen behoudt, geacht worden dadelijk na het sluiten der overeenkomst voor den kooper te hebben aangevangen te bezitten? — JA.

De Proc.-G. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De stelling van het eenige *middel* is, dat het arr. het *constitutum possessorium* als levering van het verkochte roerend goed verwerpt, en daardoor zijn geschonden en verkeerd toegepast de a. 1495, 667, 585, 596, 1511, 1777 en 1778 B.-W. en 456 B. R.

„Bij zijn arr van 12 Feb. 1885 (v. D. HON. *Burg. Regt* L, p. 401; *Regtspr.* CXXXIX § 15) besliste de Raad, dat wel in a. 667, al. 1, wordt gezegd, dat de levering van roerende zaken geschiedt door enkele overgave door den eigenaar of in zijn naam verrigt, maar dat daaruit niet volgt, dat er voor zoodanige levering altijd eene overgifte van hand tot hand zou worden vereischt; dat integendeel uit al. 2 blijkt, dat er ook eigendomsovergang kan plaats hebben *zonder feitelijke overgifte;* dat daartoe voldoende is iedere handeling, waardoor de zaak wordt gesteld onder de magt en het bezit van den verkrijger, en dat zoodanige handeling teregt aanwezig is geoordeeld waar de eigenaar,

die de zaak overdraagt, verklaart haar voor den verkrijger, zijn lastgever, te zullen houden en beheeren; terwijl de Raad voorts overwoog, dat, wanneer men aldus oordeelt, men a. 596 volkomen juist toepast, omdat, volgens die bepaling, bezit ook wordt verkregen door een ander, die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten.

„Indien dus het beklaagde arr. het *constitutum possessorium* verwerpt, en alleen op grond daarvan oordeelt, dat er hier geen eigendomsovergang van het gekochte heeft plaats gehad, en het gekochte dus ook niet in bruikleening kon worden afgestaan, dan is de aangevallen uitspraak in strijd met 's H.-R's m. i. volkomen juiste jurisprudentie, en dan is volgens die jurisprudentie eene te beperkte uitlegging aan a. 667, al. 1, gegeven en a. 596 over het hoofd gezien, wat schending dier a. oplevert, terwijl dan ook geschonden zijn de a. 1495, 1777 en 1778 B.-W.

„Het is echter de vraag, of het arr. wel eene beslissing inhoudt als waartegen bij het *middel* wordt opgekomen; want dat ontkennen de verw^s^, die van meening zijn dat door de 9^e^ en 10^e^ overw. eene feitelijke beslissing is gegeven, waarop het *middel* afstuit.

„In de 6^e^ Overw. beslist het Hof, dat volgens a 1495 de eigendom van het verkochte goed niet eer tot den kooper overgaat dan nadat de levering daarvan is geschied, en dat naar a. 667 de levering van ligchamelijke roerende zaken geschiedt door enkele overgave door den eigenaar of in zijnen naam verrigt, of door de overgave van de sleutels van het gebouw, waarin die zaken zich bevinden. Daaruit wordt in de 7^e^ Overw. afgeleid, dat de eigendom van den verkooper op den kooper overgaat vóór dat *de laatste feitelijk of symbolisch in het bezit van het verkochte is gesteld*, en die stelling wordt in de 8^e^ Overw. aangedrongen daarmede, dat in a. 667 niet is overgenomen de bepaling van

a. 1606 van den *Code*, dat de levering van roerende goederen ook kan plaats hebben door de enkele toestemming van partijen, indien de overgifte niet op het oogenblik van den verkoop kan gedaan worden. In die drie Overwⁿ wordt dus de bestaanbaarheid van het *constitutum possessorium* als levering van roerend goed principieel ontkend. Daarna deelt het arr. in de 9e Overw. mede den inhoud der door den eischer tot staving van zijn eigendomsregt overgelegde koopakten, waarop dan volgt de 10e Overw. „dat alzoo *luce* „*clarius* daaruit blijkt, dat de eigendom bij gemis van le„vering niet aan den appt-kooper is overgegaan en dat „deze, alsnog geen eigenaar geworden, bij gevolg die roe„rende goederen regtens niet in bruikleen konde afstaan"

„Het Hof toetst dus de door den eischer geproduceerde akten aan de juridieke stelling in de 6e, 7e en 8e Overw. vervat, en komt zoodoende tot het besluit dat, vermits bij die akten geene levering als het Hof voor eigendomsovergang noodig acht, is geconstateerd, hier ook geen eigendom is overgegaan. Dat is echter geene feitelijke, maar eene juridieke beslissing. Want daardoor is niet uitgemaakt wat partijen hebben gezegd of bedoeld, maar welke *naar de wet* de gevolgen zijn van het volgens de 9e Overw. tusschen partijen overeengekomene, en indien het waar is, dat uit de door den eischer overgelegde akten, zooals zij in het arr. worden medegedeeld, blijkt, dat hier, ook zonder dat er feitelijke overgifte, zonder dat er overgifte van hand tot hand heeft plaats gehad, de gekochte goederen zijn gesteld onder de magt en in het bezit van den verkrijger, dan is het *middel* gegrond. En dat kan, dunkt mij, niet worden ontkend. Want er is hier volgens de 9e Overw. tusschen kooper en verkooper overeengekomen „*dat voormelde* „*goederen vooreerst en tot nadere opzegging toe bij den verkooper* „*in bruikleen zullen verblijven*" zoodat hier het bezit van

den verkooper voor zich, geworden is eene detentie tot wederopzegging toe voor den kooper, welke laatste, door het gekochte bij den verkooper in bruikleen te laten, en dus als eigenaar daarover te beschikken, op de meest ondubbelzinnige wijze van zijn wil om het gekochte voor zich te behouden, heeft doen blijken.

„En nu volgen wel in diezelfde akte op de boven aangehaalde woorden de navolgende, waarop door den verw. bij pleidooi met nadruk is gewezen: *„weshalve de kooper ze „vooreerst niet in zijn bezit zal verkrijgen en dus de levering „aan hem en zijne feitelijke inbezitstelling zal plaats hebben „na het ophouden der bruikleening,"* maar daardoor wordt slechts in andere woorden gezegd, dat hier, waar het gekochte in bruikleen, en dus in de feitelijke detentie van den verkooper gelaten wordt, de overgifte van hand tot hand eerst *na* het ophouden der bruikleening zal plaats hebben, en daaruit kan dan ook niet volgen, dat, zoolang die overgifte niet heeft plaats gehad, er van levering in den zin der wet geen sprake kan zijn.

„Het is dus onjuist, dat het Hof feitelijk niet aanwezig acht wat voor het *constitutum possessorium* vereischt wordt; het Hof heeft het *constitutum possessorium* als levering onbestaanbaar geoordeeld; alleen daarop berust de aangevallen uitspraak en door die uitspraak is de wet geschonden.

„Ik heb de eer te concluderen tot cassatie van het beklaagde arr., en terugwijzing der zaak naar het Hof, om, met in achtneming van 's H.-R's arr., te worden beregt, met veroordeeling van de verw^s in de kosten van cassatie."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a 1495, 667, 585, 596, 1511, 1777 en 1778 B.-W. en a. 456 B.-R., om-

dat het arr. het *constitutum possessorium* als levering van verkocht roerend goed verwerpt;

„O., dat dit *middel* geldt 's Hofs beslissing in het bestreden arr., dat de eigendom van eene verkochte zaak „niet „van den verkooper op den kooper overgaat vóór dat de „laatste feitelijk of symbolisch in het bezit van het ge„kochte is gesteld," en dat hier, waar geene feitelijke levering heeft plaats gehad, de eigendom niet aan den app. is overgegaan;

„O., dat die beslissing niet is eene feitelijke, waarbij beslist is wat tusschen partijen is overeengekomen of voorgevallen, maar eene juridieke, waarbij beslist wordt omtrent het regtsgevolg, dat de overeenkomsten van partijen gehad hebben, vermits daarbij is uitgemaakt dat door de beweзене overeenkomsten en handelingen geen eigendomsoverdragt is geschied;

„O, dat echter die beslissing is onjuist, omdat daarbij in strijd met a. 596 B-W., wordt aangenomen dat het stellen van het gekochte in de magt en het bezit van den kooper door middel van een ander, die in naam des koopers bezit, zonder dat er overgave van hand tot hand heeft plaats gehad, zooals in deze is geschied, niet voldoende is tot eigendomsoverdragt, daar juist uit het in a. 596 opgenomen beginsel volgt, dat bezit ook wordt verkregen door een ander, die in onzen naam aanvangt te bezitten, zoodat de verkooper in deze, die ten gevolge van de tusschen hem en den eischer gesloten overeenkomst, de verkochte goederen tot nadere opzegging in bruikleen behield, dadelijk na de sluiting dier overeenkomst voor den kooper heeft aangevangen te bezitten;

„O., dat het aangevoerde *middel* derhalve is gegrond;

„Vernietigt het bestreden arr.;

„Wijst de zaak terug naar het Geregtshof te Leeuwar-

den om met inachtneming van 's H.-R's arr. te worden beregt en afgedaan;

„Veroordeelt de drie eerste verw[s] in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3040. — Arr. van 9 Nov. 1888.

(Regl. voor het vervoer op de Spoorwegen, vastgesteld bij Kon. besluit van 9 Jan. 1876, *St.* n° 7.)

Gaat het Algemeen Reglement voor het vervoer op de spoorwegen, vastgesteld bij Kon.-besl. van 9 *Jan.* 1876, St. n° 7, *uit van het beginsel, dat bij geheel of gedeeltelijk verlies en bij beschadiging, de geheele geledene schade zal worden vergoed tot op zeker maximum?* — JA.

De Proc.-G. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* is, dat zijn geschonden of verkeerd toegepast de a. 91 K., 2, 3, 27 der wet van 9 April 1873, *St.* n° 67, 24, 63, 67 van het Alg-Regl. voor het vervoer op de spoorwegen, vastgesteld bij Kon.-Besl van 9 Jan. 1876, *St.* n° 7, doordien bij het beklaagde vonnis is aangenomen, dat bij beschadiging van goederen aan een spoorwegdienst toevertrouwd, de werkelijk geledene schade moet worden vergoed tot het in a. 67, n° 2, van het Alg-Regl. beperkte maximum, terwijl a. 67, n° 2, een maximnm bepaalt, niet voor de schadevergoeding, maar voor de waarde der goederen, welke waarde bij de berekening der schadevergoeding als grondslag wordt aangenomen, en volgens n° 4 van dat a. bij beschadiging de te weeg gebragte waardevermindering vergoed wordt, niet tot dat maximum, gelijk de regtb. dat a. interpreteert, maar in verhouding tot de waarde, bij de berekening van welke waarde dat maximum moet worden inachtgenomen, en dus waar de werke-

lijke waarde dat maximum overtreft, de waardevermindering slechts in dezelfde verhouding moet worden vergoed.

„Hier zou dus, volgens de eisch^sse^, bij een gewigt van 110 Kg, met eene werkelijke waarde van ƒ 258, en eene waardevermindering van ƒ 56, de te betalen vergoeding staan tot de werkelijk geledene schade, als 90 staat tot 258. De eisch^sse^ wil namelijk in a. 67, 4°, van het Alg.-Regl. hetzelfde gelezen hebben als in § 68, n° 4, van het Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands, volgens hetwelk bij beschadiging de daardoor ontstane waardevermindering vergoed wordt „nach Verhältniss des gemäss „der Bestimmung ad 1 zu ermittelenden Werthes zu dem „ad 2 und 3 erwähnten maximal Satze." Maar aangenomen, dat dit a. de uitlegging der eisch^sse^ toelaat, ons a. 67, 4°, luidt anders. Want daar heet het, dat „de door de beschadiging te weeg gebragte waardevermindering vergoed wordt „in verhouding tot de overeenkomstig het bepaalde sub 1 „te berekenen waarde, met inachtneming van het sub 2 „en 3 genoemde maximum"

„Onze wetgever, die, ik erken het gaarne, het Duitsche reglement heeft gevolgd, heeft dus de bepaling van § 68, n° 4, van dat reglement zóó begrepen, alsof daar niet gesproken werd van eene vergoeding der waardevermindering in verhouding van de werkelijke tot de fictieve maximaalwaarde, verhouding, waarvan in ons a. 67, 4°, geen kwestie is, maar alsof daar stond, dat de waardevermindering vergoed wordt in verhouding tot de werkelijke waarde, met dien verstande echter, dat de vergoeding wegens waardevermindering nooit meer zal bedragen dan wat sub 2 en 3 als *maximum* vergoeding in cas van verlies wordt toegekend. En zooals onze wetgever het Duitsche artikel begrepen en vertaald heeft, zoo is het onze wet, al bleek *luce clarius*, dat onze wetgever den duitschen tekst verkeerd

vertaald heeft. Het argument, dat tegen die wetsuitlegging bij het *middel* wordt aangevoerd, dat a. 67, n° 2, een maximum bepaalt, niet voor schadevergoeding maar voor de waarde der goederen, als grondslag bij de berekening der schade in acht te nemen, is, meen ik, weinig afdoende. Want a. 67, n° 4, verwijst niet slechts naar het sub 2, maar ook naar het sub 3 genoemde maximum, en dit laatste maximum is, het reglement zegt het met zoovele woorden, een *maximum voor de schadevergoeding.* Ik lees toch in n° 3 van a. 67: „in geval van aangifte eener hoogere waarde „vormt de aangegeven som *het maximum der te verleenen „schadevergoeding";* en wanneer wij sub 2 bepaald vinden, dat bij de berekening der schadevergoeding (nl. in geval van verlies), de waarde niet hooger wordt aangenomen dan *f* 30.— per 50 K., is dat dan niet met der daad bepaling der schadevergoeding in geval van verlies op een maximum van *f* 30.— per 50 K.?

„Om aan a. 67, 4°, den zin te onthouden, die in zijne woorden ligt opgesloten, zou, òf onomstootelijk moeten vaststaan, dat de wetgever, die woorden bezigende, iets anders heeft willen zeggen, òf zou de zin, dien de woorden van het a. aangeven, zoo ongerijmd moeten zijn, dat de wetgever noodzakelijk iets anders moet hebben bedoeld Het eerste blijkt niet, en het laatste is niet het geval Wel is door de eisch^sse^ beweerd dat, bij de hier verdedigde uitlegging van het a., de woorden: *„in verhouding tot"* geen zin hebben; doch ik meen ook de juistheid dier opmerking te mogen betwijfelen, omdat m i. met die woorden wordt te kennen gegeven, dat als te vergoeden waardevermindering in aanmerking komt wat het goed na de beschadiging minder waard is dan zijn waarde berekend overeenkomstig n° 1 bedroeg. Maar hoe het a zich ook moge uitdrukken, van vergoeding der waardevermindering

naar verhouding van de overeenkomstig het bepaalde sub 1 te berekenen waarde tot eenige maximumwaarde spreekt, ik herhaal het, a. 67, n⁰ 4, niet; en wanneer men zoo iets toch aanneemt, met het oog op de woorden: *„met inachtneming van het sub* 2 *en* 3 *genoemde maximum*" den leest men in die woorden wat daar niet in staat, en ziet men over het hoofd het leesteeken, dat die woorden van het daaraan voorafgaande scheidt, zoodat zij terugslaan, niet uitsluitend op de woorden *„de overeenkomstig het bepaalde sub* 1 *te berekenen waarde*" die onmiddellijk voorafgaan, maar op den geheelen voorafgaanden volzin, en dus geene andere strekking kunnen hebben, dan de verpligting tot integrale schadevergoeding, die krachtens dien volzin zou bestaan, te beperken tot het *maximum*, dat voor vergoeding in cas van verlies bij n⁰ 2 en 3 is aangewezen.

„Mijne conclusie strekt tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eisch^{sse} in de kosten"

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O., dat als eenig *middel* van cassatie door de eischeres is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 91 K., van de a. 2, 3 en 27 der wet van 9 Apr. 1875, *St.* n⁰ 67, en van de a. 24, 63 en 67 van het Alg.-Regl. voor het vervoer op de spoorwegen, vastgesteld bij Kon. Besl. van 9 Jan. 1876, *St.* n⁰ 7, doordien bij het beklaagde vonnis is aangenomen, dat bij beschadiging van goederen aan een spoorwegdienst toevertrouwd, de werkelijk geleden schade moet worden vergoed tot het in a. 67, n⁰ 2, van het Alg.-Regl. beperkte maximum, terwijl a. 67, n⁰ 2, een maximum bepaalt niet voor de schadevergoeding, doch voor de *waarde* der goederen, welke waarde bij de berekening der schadevergoeding als grondslag wordt aangenomen, en volgens n⁰ 4 van dat a. bij beschadiging de teweeggebragte waardevermindering vergoed wordt, niet tot dat

maximum, gelijk de regtb. het a. interpreteert, maar in verhouding tot de waarde, bij de berekening van welke *waarde* dit maximum moet worden in acht genomen, en dus waar de werkelijke waarde dat maximum overtreft, de waardevermindering slechts in dezelfde verhouding moet worden vergoed;

„O., dat dit *middel* steunt op de bewering, dat volgens a. 67, n⁰ 4, van het aangehaalde Reglement, bij beschadiging de te weeg gebragte waardevermindering vergoed wordt in verhouding tot de waarde, berekend op het bij dat a bepaalde maximum;

„O., dat die bewering is onjuist; dat toch volgens a. 24 van gemeld Reglement bij verlies of beschadiging de *werkelijk geleden* schade zal worden vergoed tot op zeker maximum; dat dan ook bij a. 67, n⁰ 1, bevolen wordt dat in geval van geheel of gedeeltelijk verlies tot grondslag der schadevergoeding zal worden aangenomen de te bewijzen handelswaarde, tot op zeker bij n⁰ 2 van dat a. bepaald maximum, en bij n⁰ 4 van dat a., in geval van beschadiging, de door de beschadiging te weeg gebragte waardevermindering in verhouding tot de overeenkomstig het bepaalde sub n⁰ 1 te berekenen waarde, met inachtneming van het sub n⁰ 2 genoemde maximum;

„O., dat het Reglement mitsdien, bij geheel of gedeeltelijk verlies zonder eenigen twijfel uitgaat van het beginsel dat de geheele geledene schade zal worden vergoed tot op zeker maximum, en dat hetzelfde beginsel wordt volgehouden in geval van beschadiging; vermits, volgens de bepaling van 4⁰ van dat a., ook in dat geval de waardevermindering moet worden vergoed in verhouding tot de *overeenkomstig* n⁰ 1 te berekenen waarde (dat is de te bewijzen handelswaarde), *niet* overeenkomstig het bij n⁰ 2

bepaalde maximum, maar met inachtneming van het maximum d. i. tot op dat maximum;

„O., dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt de eischende Maatschappij in de kosten in cassatie gevallen."

N⁰. 3041. — Arr van 16 Nov. 1888.

(A. 1961 B.-W.).

Is a. 1961 B.-W. geschonden door eene bekentenis ten nadeele van hem die haar heeft afgelegd te splitsen, in stede van haar geheel als waar aan te nemen? — JA.

De Proc.-G. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende eonclusie genomen:

„Splitsing van bekentenis in strijd met den regel van a. 1961 B.-W. is eene klagte, die hier vaak vernomen, maar lang niet altijd gegrond bevonden is, en voor die klagte bestaat m. i. in deze zaak geen grond hoegenaamd.

„De verw. heeft bij het kngt te Eindhoven van den eischer gevorderd eene som van *f* 100 voor koopprijs van eene den eischer gecedeerde vordering ten laste van P. J. D. te Neerpelt. Tot staving van die vordering bragt de verw. in het geding eene onderhandsche akte van cessie. De eischer ontkende niet de handteekening J. M. onder dat stuk te hebben gesteld; ook beriep hij zich niet, om zijne liberatie te bewijzen, op de in de geproduceerde akte gegeven kwijting, maar hij erkende uitdrukkelijk, *dat hij de gevorderde som nog niet had betaald*, zich alleen verdedigende met de bewering, dat bij het aangaan der overeenkomst tevens zou zijn overeengekomen, dat hij den kooprijs eerst zou behooren te betalen, wanneer een door hem aan genoemden D. afgegeven accept zou zijn terugontvangen. Maar de verw. (oorspronkelijke eischer) ontkende dat zoodanige clau-

sule mondeling, tijdens het aangaan der overeenkomst van koop en aankoop, was gemaakt, en, vermits de eischer tegenover die ontkenning in gebreke bleef het bewijs te leveren van het feit, door hem tot zijne verdediging aangevoerd, oordeelde de kntr de door den oorspronkelijken eischer bij dagvaarding gestelde overeenkomst *door de overgelegde onderhandsche akte* bewezen, en wees hij de ingestelde vordering toe.

„Die uitspraak werd bij het beklaagde vonnis bevestigd, zulks *met overneming der motieven van den eersten regter.* Maar waar is dan de wetschennis, waarover de eischer zich beklaagt? Zij bevindt zich, meent de eischer, in de 5e en 6e overweging *quoad jus*, waar de regtb. overweegt „dat „wel is waar in het quaestieuse stuk kwijting gegeven „wordt voor de daarin bedongen koopsom, dat echter M., „wel verre van zich op die kwijting te beroepen, *in prima* „uitdrukkelijk heeft erkend nog tot betaling gehouden te „zijn, zij het ook onder eene nog niet vervulde voorwaarde; „dat hieruit mag worden afgeleid, dat de evenbedoelde „kwijting slechts fictief was, en alzoo de kntr teregt daarop „geen acht heeft geslagen."

„Daarin ligt echter geen splitsing van bekentenis, want hier is niet een stuk van het door den eischer erkende gebezigd als bewijs tegen hem, maar hier is op grond van zijne erkentenis *in haar geheel*, zooals hij ze had afgelegd, aangenomen, dat de kwijting in de akte fictief is, en is *door die akte*, ontdaan van hetgeen volgens des eischers eigen erkentenis daarin fictief is, de gestelde overeenkomst, waarop de vordering is gegrond, bewezen geoordeeld.

„Dat is, dunkt mij, niet twijfelachtig en ik concludeer dus tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 1289, 1298, 1299, 1907, 1912 en 1961 B.-W, doordien bij het beklaagde vonnis de bekentenis van den eischer in cassatie te zijnen nadeele is gesplitst;

„O., dat dit *middel* geldt de 5e en 6e overwn in regten van het bestreden vonnis, waarbij de regtb. aanneemt „dat „wel is waar in het quaestieuse stuk kwijting gegeven wordt „voor de daarin bedongen koopsom, dat echter M., wel „verre van zich op die kwijting te beroepen, *in prima* „uitdrukkelijk heeft erkend nog tot betaling gehouden te „zijn, zij het ook onder eene nog niet vervulde voorwaarde; „dat hieruit mag worden afgeleid, dat de evenbedoelde „kwijting slechts fictief was, dat alzoo de kntr. daarop te „regt geen acht geslagen heeft, en het vonnis *a quo* be„vestigd moet worden;

„O., dat hier dus eene schriftelijke kwijting van eene schuld buiten werking gesteld wordt op grond van eene bekentenis van nog tot betaling gehouden te zijn;

„O., dat die bekentenis echter, volgens de feitelijke beslissing in het bestreden vonnis, niet was zuiver, maar voorwaardelijk, en wel afhankelijk van eene voorwaarde die niet was vervuld en waarvan de valschheid niet bewezen was;

„O., dat de regter mitsdien, indien hij gemeend had op die bekentenis te moeten regt doen, die bekentenis in haar geheel als waar had moeten aannemen en die niet, ten nadeele van hem die de bekentenis had afgelegd, had mogen splitsen, zoodat hij, dit doende, a. 1961 B.-W. heeft geschonden;

„O., dat het *middel* van cassatie derhalve is gegrond, en het bestreden vonnis behoort te worden vernietigd;

„Vernietigt het vonnis van de arr.-regtb. te Hertogen-

bosch op 24 Febr. 1888 en het vonnis van het ktngt te Eindhoven op 26 Mrt 1887 tusschen partijen gewezen;

„En op nieuw regt doende:

„Ontzegt vooralsnog aan den verw. zijne vordering en veroordeelt hem in de kosten van alle instantiën."

N°. 3042. — Arrest van 16 Nov. 1888.

(A. 345 B.-R.)

Is waar de wet voor een bepaald geval een bepaalden vorm of wijze voor het hooger beroep van eene regterlijke uitspraak heeft voorgeschreven, iedere andere wijze om daarvan in hooger beroep te komen daardoor uitgesloten? — Ja.

Is de uitspraak gedaan op eene vordering tot verklaring in staat van kennelijk onvermogen, vermits de vordering moet worden gedaan bij verzoekschrift en het daarbij niet betreft eene, na behandeling ter rolle, ter openbare teregtzitting uit te spreken beslissing, te beschouwen als eene beschikking op request, waartegen ingevolge a. 345 *B.-R., het hooger beroep insgelijks bij requeste moet worden aangebragt?* — Ja.

De Proc.-G. Mr. Polis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer in cassatie is door het Hof te Amsterdam niet-ontvankelijk verklaard en het appèl, dat hij *bij dagvaarding* had ingesteld tegen de beschikking door de arr.-regtb. te Alkmaar *in Raadkamer gewezen en niet op de openbare teregtzitting uitgesproken* (*), waarbij hij, op het daartoe strekkend request van den verw. in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, zulks nadat req. en gerequestreerde *ter raadkamer van de regtb.* in hunne belangen waren ge-

---

(*) Zie de overw. in regten van het arr., waarbij dit is uitgemaakt.

hoord. De eischer meent, dat door die beslissingen geschonden en verkeerd toegepast zijn de a. 332, 343, 345, 884, 885, 888, 891 B.-R. en 161 Grw, en hij grondt dat *middel* op stellingen: dat a. 345 B.-R. niet betreft beschikkingen, welke na contradictoir debat, tusschen de partijen gewezen, door de wet zelve vonnissen worden genoemd; dat nergens tegen den *in casu* gekozen vorm van hooger beroep eene niet-ontvankelijk-verklaring is bedreigd, en de hier gekozen vorm is in overeenstemming met de regelen van procesregt; dat de beoordeeling van den vorm van het in deze ingestelde hooger beroep ook niet afhankelijk is van de vraag of de regter bij zijn vonnis alle vormen en voorschriften der wet heeft in acht genomen, maar alleen welke hij had behooren in acht te nemen, en bovendien geen enkel wettig belang de voorgestelde exceptie billijkt.

„Dat de verw. geen belang zou hebben gehad bij het voorstellen der exceptie van niet-ontvankelijkheid is bij den *judex facti* niet beweerd, en kan dus ook hier niet beweerd worden, terwijl het ook is onjuist, al ware het slechts omdat de verw. er belang bij had niet in een kostbaarder proces, niet in eene gewone appellatoire instantie betrokken te worden. En indien hier volgens a. 345 B.-R. het appèl bij *request* moest zijn aangebragt, dan kan toch waarlijk door den eischer niet worden volgehouden, dat zijn appèl *bij dagvaarding* was in overeenstemming met de regelen van proces-regt, en dan was ook zijn op die wijze aangebragt appèl niet-ontvankelijk, omdat, waar de wet eene bepaalde wijze van procederen voorschrijft, elke andere wijze is uitgesloten. Gaarne echter wil ik aan den eischer toegeven, dat de vorm van het appèl niet afhankelijk is van de vraag of bij het vonnis, waarvan geappelleerd wordt, alle vormen en voorschriften der wet zijn in acht genomen, maar wel beweer ik dat de vorm van het

appèl afhankelijk is van den aard der gegeven regterlijke uitspraak, en dat waar, zooals hier, de uitspraak niet is een op de teregtzitting uitgesproken vonnis, maar een beschikking op een request, zonder instructie ter rolle in raadkamer gewezen, het appèl *ordinario modo* door a. 345 B.-R. is uitgesloten.

„Maar de stelling, dat hier door de regtb. *een vonnis op de openbare teregtzitting* moet zijn uitgesproken is ook in strijd met 's Raads gevestigde jurisprudentie, althans indien wat waar is voor de faillietverklaring ook voor de verklaring in staat van kennelijk onvermogen moet gelden, wat, meen ik, bij eene vergelijking van a. 764 en volg. K. met de a. 822 en volg. B.-R. niet kan worden ontkend.

„Bij arr. van 12 Mrt 1858 (v. D. Hon. *B.-R.*, XXII, 98) besliste de Raad, in overeenstemming met de leer, gehuldigd bij zijn arr. van 19 Junij 1839 (*ibidem* I, 25) en conform de conclusie van den Adv.-G. Gregory, dat de regterlijke beslissing, waarbij een koopman wordt verklaard te zijn in staat van faillissement, zoowel bij a. 764 K. als in onderscheidene ander a. van dat wetboek wordt genoemd een vonnis; dat echter het al of niet gegronde van het *middel* (schending van a. 156 Grw., 20 R.-O., 59, 3° B.-R. en 764 K.) daarvan afhangt, of het woord *vonnis*, zooals het voorkomt in de drie eerste bij dit *middel* aangehaalde bepalingen, moet worden opgevat in de ruimste beteekenis van het woord, en alzoo mede omvat de beschikkingen op verzoekschriften, of moet worden beperkt tot eigenlijk gezegde, ter beslissing van een regtsgeding tusschen partijen gewezen regterlijke uitspraken; dat die bepalingen geene andere strekking hebben, dan om ten regel te stellen, dat, gelijk alle regtsgedingen op de teregtzittingen in het openbaar moeten worden behandeld, zoo ook de vonnissen en arresten, welke dientengevolge zullen vallen, in het open-

baar moeten worden uitgesproken en moeten inhouden de gronden der beslissing, en dat daaruit volgt, dat de schrif telijke beschikkingen op in Raadkamer behandelde verzoekschriften daaronder niet zijn begrepen dan voor zoover (zooals bij a. 496 B.-W.) het tegendeel uitdrukkelijk is voorgescheven. Zoo oordeelde de Raad in 1858; en toen 26 jaren later nogmaals beweerd werd, dat het vonnis van faillietverklaring in het openbaar moet worden uitgesproken, handhaafde de Raad zijn oude jurisprudentie, en besliste hij met zoovele woorden, dat de beschikking op de aanvrage tot faillietverklaring is eene *beschikking op een verzoekschrift* (arr. van 7 Mrt 1884, v. d. Hon. *B.-R.* XLIX, n⁰ 1878*, blz XXI; *Regtspr.* CXXXVI, 252). — En van beschikkingen op verzoekschriften moet het appèl bij request worden aangebragt. Dat is de regel van a. 345 B.-R., regel die zoo algemeen is, dat hij zelfs daar geldt, waar de uitspraak van de beschikking op request op de openbare teregtzitting moet plaats hebben. Ook dat besliste de Raad bij zijn arr. van 4 Mei 1882 (*Regtspr.* CXXXI, 3), waar het heet: dat, vermits de vordering tot onder curatelestelling wordt ingesteld bij verzoekschrift, de uitspraak daarop, al moet zij ter openbare teregtzitting geschieden, en al wordt zij door de wet *vonnis* genoemd, toch niet ophoudt te zijn eene beschikking op een request, en dat daarvoor geldt de regel van a. 345 B.-R.

„Ik mag dus wel beweren, dat het *middel* met de jurisprudentie van den H.-R. in strijd is, en deugdelijke — door den Raad niet reeds gewogen en te ligt bevonden — argumenten ter bestrijding dier jurisprudentie heb ik in deze niet vernomen.

„Schending van a. 791, 5e lid K. en 887 B.-R. wordt door den eischer niet beweerd, en onbeantwoord zou dus hier kunnen gelaten worden de vraag af dan toch niet in

het 5e lid van a. 791 K. eene uitzondering op den algemeenen regel van a. 345 B.-R. voorkomt. Maar ook op die bepaling zou de eischer zich te vergeefs beroepen, omdat, zooals door den Raad was uitgemaakt bij het op 13 Aug. 1886 in Raadkamer gewezen, voor zooverre ik heb kunnen nagaan niet gepubliceerd arr., de wet voorschrijvende dat het regt van hooger beroep van het vonnis van faillietverklaring wordt vervolgd tegen hen, op welker verzoek of vordering het vonnis van faillietverklaring is verleend, bedoelt, dat de schuldeischer, alvorens op het hooger beroep beslist worde *in de gelegeuheid moet gesteld zijn om zijne verwering tegen het hooger beroep aan het Hof voor te dragen, en dat hij dus van het hooger beroep behoorlijk in kennis moet worden gesteld.* Aan a. 791, 5e lid, K. kan dus worden voldaan, zonder dat van den regel van a. 345 B.-R. wordt afgeweken, a. 791, 5e lid K. bevat dus ook geene uitzondering op dien regel, en indien ik toch 's Raads aandacht op dat a. vestig, dan is het omdat daaruit blijkt hoe ongegrond is de bij pleidooi door den eischer gevoerde bewering, dat bij eene opvatting als die van het beklaagde arr., het *audi et alteram partem* niet tot zijn regt komt.

„Onder verwijzing overigens ook naar de arr^n van 15 Febr. 1878, 16 Sept. 1881 en 4 Mei 1883 (*Regtspr.* CXVIII, 182; CXXVIII, 384 en CXXXIV, 20 (*)) concludeer ik tot rejectie, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat het voorgestelde *middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van de a. 332, 343, 345, 884, 885, 888 en 891 B.-R. en a. 161 Grw., door te beslissen dat het in deze ingesteld hooger beroep niet was overeenkomstig den

(*) In deze *Verzameling*, afd. *Burg. Regt*, XLIII, 88; XLVI, 486; XLVIII, 368.

bij de wet voorgeschreven vorm, en dientengevolge den thans eiseher in cassatie niet-ontvankelijk te verklaren, daar toch het voorschrift van a. 345 B.-R. niet betreft zoodanige beschikkingen des regters, welke na contradictoir debat tusschen partijen gewezen door de wet zelve vonnissen worden genoemd; dat nergens tegen den in *in casu* gekozen vorm van hoôger beroep eene niet-ontvankelijk-verklaring is bedreigd, en de in deze gekozen vorm van hooger beroep is in overeenstemming met de regelen van het procesregt; dat de beoordeeling van den vorm van het in deze ingesteld hooger beroep ook geenszins afhankelijk is van de vraag, of de regter bij zijn vonnis alle vormen en voorschriften der wet heeft in acht genomen, maar alléén welke hij had behooren in acht te nemen, en bovendien geen enkel wettig belang de voorgestelde exceptie billijkt;

„O., dat uit het arr. *a quo* blijkt, dat de eischer is niet-ontvankelijk-verklaard in het appèl dat hij bij *dagvaarding* had ingesteld tegen de beschikking door de regtb. te Alkmaar in raadkamer gewezen en niet ter openbare teregtzitting uitgesproken, waarbij hij op het daartoe strekkend request van den verw., en nadat requestrant en gerequestreerde in raadkamer waren gehoord, is verklaard in staat van kennelijk onvermogen;

„O., dat a. 345 B.-R, — in afwijking van a. 343, waar het den vorm geldt van hooger beroep van die zaken die in eersten aanleg bij *dagvaarding* aangebragt zijn, — bepaalt dat het hooger beroep van beschikkingen op *request* insgelijks bij request bij den hoogeren regter wordt aangebragt;

„O., dat waar de wet voor een bepaald geval een bepaalden vorm of wijze voor het hooger beroep van eene regterlijke uitspraak heeft voorgeschreven, iedere andere wijze om daarvan in hooger beroep te komen daardoor is uitgesloten, mitsdien aan partijen niet vrijstaat;

„O., dat de eenige vraag alzoo is of de uitspraak waartegen des eischers beroep was gerigt, eene beschikking was op request;

„O., dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, zoowel, omdat a. 884 B.-R. met zoovele woorden zegt, dat de vordering tot verklaring in staat van kennelijk onvermogen bij *verzoekschrift* aan de regtb. gedaan wordt en dat deze op dat *verzoekschrift* beschikt, als omdat het daarbij niet betreft eene, na behandeling ter rolle, ter openbare teregtzitting uit te spreken beslissing, en die beschikking dus, al draagt zij den naam van vonnis, èn naar de wet èn uit haren aard niet anders is dan eene op verzoekschrift gedane uitspraak, waarvoor de regel van a. 345 moet gelden;

„O., dat de eischer derhalve in zijn bij *dagvaarding* ingesteld hooger beroep teregt is verklaard niet-ontvankelijk, en daardoor noch a 345 noch eene der andere aangehaalde a. geschonden of verkeerd toegepast is:

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3043. — Arrest van 16 Nov. 1888.

(A. 1961 B.-W.)

Moet ingevolge a. 1961 *B.-W., de eischer die zich wil beroepen op de erkentenis des gedaagden van feiten, waaruit diens aansprakelijkheid kan voortvloeijen, tevens laten gelden de bijvoegingen des gedaagden, welke die aansprakelijkheid opheffen?* — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: „schending en verkeerde toepassing der a 1902, 174, 175, 176, 183, 185 j^{s} a^{s} 1146, 1147, 1177, 1178, a. 187 en v., 194, 202,

207, 879, 1961, 1962 B.-W. door ten onregte te beslissen, dat de bewijslast *in casu* rust op de nu eischeres; dat deze niet voldoende de wettigheid der beslagen heeft gestaafd, en de door de nu verweerderes gevoerde beweringen moeten beschouwd worden als eene onsplitsbare bekentenis."

„Feitelijk staat vast dat het vonnis, dat de eisch^sse^ in cassatie tegen de verw^sse^ ten uitvoer wil leggen, niet tegen deze, maar tegen haren vroegeren echtgenoot J. C D. gewezen is Nu is het zeer wel mogelijk, dat de verw^sse^ aansprakelijk is voor de schulden van haren echtgenoot, maar omdat het vonnis niet tegen haar is gewezen, zal de eisch^sse^ het bestaan dier aansprakelijkheid moeten bewijzen. Wel beweert de eisch^sse^, dat de verw^sse^ de opheffing der beslagen vordert en dat daarom op deze laatste de bewijslast rust. Maar teregt overweegt het Hof, dat het niet de vraag is wie eischer is en wie ged^e^, maar alleen of een der partijen, zooals a. 1902 B.-W. zegt, beweert eenig regt te hebben of zich op eenig feit tot staving van zijn regt beroept. En dit is hier het geval. De eisch^sse^ beweert, dat, al is het vonnis niet tegen de verw^sse^ gewezen, deze toch aansprakelijk is. Welnu, dit moet dan door eerstgenoemde, naar de bepaling van a. 1902 B.-W. worden bewezen. Te vorderen, dat in een geval als dit de bewijslast rust op hem, tegen wien de executie wordt ondernomen, zou inderdaad tot ongerijmdheid leiden. Zoo zou, wanneer hij die een vonnis verkregen heeft, dit gelieft ten uitvoer te leggen tegen iemand, wie dan ook, die niets met de zaak te maken heeft, die derde het bewijs moeten leveren dat hij voor de schuld niet aansprakelijk is? Mij dunkt van interversie van bewijslast zou dit een der meest treffende voorbeelden zijn. En nu heeft *in casu* het Hof beslist, dat de eisch^sse^ het bestaan der verpligting van de verw^sse^ om de schulden van haren vroegeren echtgenoot te betalen,

niet heeft bewezen. Eerstgenoemde kan zich, ja, beroepen op de bekentenis der verwsse ten aanzien harer hoedanigheid van erfgename en van echtgenoote van hem, tegen wien het vonnis gewezen is, doch het Hof beslist, dat dan die bekentenis kan worden genomen zooals ze is afgelegd, d. i. met de bijvoeging, dat zij diens nalatenschap, voor zoover zij daartoe geregtigd was, heeft verworpen, en zij slechts in gemeenschap van vruchten is gehuwd geweest, en dat die bekentenis, aldus geclausuleerd, der eischsse voor haar bewijs niet baten kan. Die grief tegen 's Hofs beslissing, dat de eischsse „niet voldoende de wettigheid der beslagen heeft gestaafd," is natuurlijk ongegrond, omdat die beslissing geheel *feitelijk* is. Maar ook hetgeen verder in het *middel* als bezwaar wordt vermeld, dat namelijk de door de verwsse gevoerde beweringen ten onregte door het Hof zouden zijn beschouwd als eene onsplitsbare bekentenis, komt mij niet aannemelijk voor. Uit de toelichting van het *middel* blijkt de bedoeling. Er zou van geen onsplitsbare bekentenis sprake kunnen zijn, omdat er geen bekentenis is. Wel verre toch van iets te bekennen, zoo wordt betoogd, ontkent de verwsse alle schuld, en de beweringen, die het Hof als eene beperking der bekentenis beschouwt, zijn niet anders dan gronden voor het verzet tegen de gelegde beslagen. Bij het lezen van het arr. zal echter de Raad zien, dat de eischsse haar betoog heeft gebouwd op een onjuisten feitelijken grondslag. Welke toch is, blijkens het arr., de bekentenis der verwsse, waarvan hier sprake is? Deze, dat *zij erfgename van haren eersten echtgenoot is geweest*. En die bekentenis wordt dan beperkt door de bijvoeging, dat zij diens nalatenschap, voor zoo-verre zij daartoe geregtigd was, heeft verworpen, en dat er tusschen haren echtgenoot en haar slechts gemeenschap van vruchten bestond. Eene wezenlijke *bekentenis* alzoo, en

waaromtrent het Hof teregt heeft overwogen, dat zij alleen met de daaraan toegevoegde beperking als bewijsmiddel kon worden gebezigd. Ik houd derhalve het *middel* voor ongegrond en heb de eer te concludeeren tot verwerping der voorziening met veroordeeling van de eisch^sse in de kosten daarop gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Partijen gehoord;

„Gezien de stukken;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 174, 175, 176, 183, 185 j^s a^s 1146, 1147, 1177 en 1178, de a. 187 en vlg., 194, 202, 207, 879, 1961 en 1962 B.-W., door ten onregte te beslissen dat de bewijslast *in casu* rust op de nu eisch^sse; dat deze niet voldoende de wettigheid der beslagen heeft gestaafd, en de door de nu verweerd^sse gevoerde beweringen moeten beschouwd worden als eene onsplitsbare bekentenis;

„O., dat feitelijk vaststaat, dat de eisch^sse van den Raad van Justitie te Samarang op 24 Febr. 1875 een vonnis heeft verkregen tegen den eersten echtgenoot der verw^sse tot betaling van zekere geldsom; dat eisch^sse ter executie van dat vonnis onder derden een drietal beslagen heeft gelegd op goederen der verw^sse, haar als erfgenaam haars vaders toekomende; dat de verw^sse tegen die beslagen in verzet is gekomen, en daardoor de bevoegdheid der eisch^sse tot het leggen dier beslagen aan het oordeel des regters is onderworpen;

„dat alsnu teregt in het beklaagde arr. is beslist dat die bevoegdheid afhangt van de aansprakelijkheid der verw^sse voor de schulden van haren eersten echtgenoot;

„dat de verpligting om die aansprakelijkheid te bewijzen dus niet afhangt van de processueele verhouding van partijen, maar overeenkomstig a. 1902 B.-W., in deze drukt op

haar die regt meent te hebben op een deel van het vermogen der wederpartij;

„dat de beslissing van het arr. dat de eisch^sse^ het regt op een deel van de goederen der verw^sse^ krachtens hare aansprakelijkheid niet heeft bewezen, van feitelijken aard is, zoodat zij in cassatie slechts in zooverre voor nader onderzoek vatbaar is, als van onwettige bewijsmiddelen mogt zijn gebruik gemaakt;

„dat te dien aanzien door eisch^sse^ wordt beweerd, dat de verklaring der verw^sse^: „dat zij erfgenaam van haren eersten man is geweest, doch onder bijvoeging, dat zij diens nalatenschap, voor zoover zij daartoe geregtigd was, heeft verworpen, terwijl zij verder heeft opgegeven dat zij nimmer verpligt kon worden om de schulden van haren eersten echtgenoot te betalen, wijl tusschen dezen en haar slechts gemeenschap van vruchten bestond", niet was eene onsplitsbare bekentenis; dat toch deze slechts aanwezig zou zijn waar de posita van den eisch worden erkend, maar daaraan een middel tot bevrijding wordt toegevoegd, terwijl shier slechts is de bloote ontkentenis eener door vonnis besliste schuld;

„dat echter het onderwerp van dit geschil niet was de schuld van den eersten echtgenoot der verw^sse^, maar hare aansprakelijkheid voor diens schulden; dat het Hof, door te oordeelen dat, zoo de eisch^sse^ zich wil beroepen op de erkentenis der verw^sse^ van feiten waaruit die aansprakelijkheid kon voortvloeijen, zij dan tevens moet laten gelden de bijvoegingen welke die aansprakelijkheid opheffen, a. 1961 met volkomen juistheid heeft toegepast;

„dat, wijl ook de overige a. niet zijn geschonden of verkeerd toegepast, het *middel* is ongegrond:

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Verwijst de eisch^sse^ in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3044. — Arrest van 23 Nov. 1888.

(A. 1952 en v.; — a. 1417, 1462, 1463 B.-W.)

Is de eischer te onregte niet-ontvankelijk geoordeeld om door productie van nader bewijs herstel te zoeken van grieven die hem door een in kracht van gewijsde gegaan arr. zouden zijn toegebragt? — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY de volgende conclusie genomen:

„De *drie middelen* van cassatie zijn als volgt:

„I. Schending en verkeerde toepassing der a 1952, 1953, 3°, 1954 en 1958 B.-W, doordien de regtb., op het voetspoor des kntr[s] te Sittard, wiens gronden zij tot de hare maakte, het gezag van een gewijsde verder heeft uitgestrekt dan tot het onderwerp van het gewijsde, daar toch:

„*a*) niet dezelfde zaak gevorderd werd als in het geding, waarin het arr. van het geregtshof te 's Bosch, dat als geregtelijk gewijsde ingeroepen werd, gewezen was, namelijk andere termijnen derzelfde lijfrente;

„*b*) de eisch niet op dezelfde oorzaak berus'te, daar er van zijde van den tegenwoordigen eischer in cassatie in het vroeger geding geen eisch, zelfs geen exceptieve, gedaan was, maar alleen eene verwering, waarvoor geen bewijs werd bijgebragt, hetgeen hem niet belette hetzelfde feit van betaling later, des gevorderd, op nieuw in te roepen en te staven, terwijl van zijde des verw[s] in cassatie de oorzaak van den tweeden eisch was in verschuldigdheid van andere termijnen der lijfrente dan bij den eersten eisch.

„II. Schending en verkeerde toepassing van de a. 1952, 1953, 3°, 1954, 1948, 1417, 1418, 1420, 1421, 1429, 1432, 1434, 1902, 1903, 1904, 1911, 1912 en 1913 B.-W. en a. 81 B.-R., doordien de regtb. op de gronden, door den kntr aangevoerd, hoewel door den eischer was bijgebragt eene

kwijting, waarvan de echtheid der handteekening niet was ontkend, toch heeft bevestigd het vonnis van den kntr dd. 10 Mrt 1888, waarbij de eischer veroordeeld werd om aan den verw. te betalen de som van *f* 101.53 wegens saldo van lijfrente tot en met 1 Nov. 1887 vervallen, als zijnde hij niet meer bevoegd om zich te beroepen op de door voormelde kwijting bewezen betaling in voorschot op 1885 en 1886, welke betaling hij in een vorig geding ingeroepen, doch niet bewezen had.

„III. Schending en verkeerde toepassing der bij het *tweede middel* aangehaalde a. in verband met de a. 1461, 1462 en 1463 B.-W, doordien de regtb., al mogt de eischer zich niet meer op voormelde kwijting beroepen als bewijs van betaling over 1885 en 1886, dewijl daardoor de kracht van een gewijsde zou zijn aangetast, in ieder geval die bewezen betaling had moeten doen gelden op volgende jaren of termijnen der lijfrenten, daar dan uit het gewijsde alleen kon voortvloeijen een verzuim van den eischer om die betaling op de jaren 1885 en 1886 te doen gelden, maar geenszins een afstand van het regt om zich ooit op die betaling te beroepen, hetgeen te meer klemt wanneer men nagaat dat de betaling op voorschot bewezen was, evenzeer als het niet imputeeren daarvan op 1885 en 1886, en dat de bijvoeging der woorden „voorschot op 1885 en 1886" niet tot het wezen der kwijting behoorde, maar alleen in het belang des schuldenaars was, vooral *in casu*, waar deze zijnerzijds te vorderen had eene geldsom, ook rentende zes ten honderd, welke hij eerst in vergelijking kon doen strekken."

„De uitvoerigheid der *middelen* van cassatie behoeft mij niet te beletten in mijn conclusie zeer kort te zijn.

„Het is volkomen juist dat in het tegenwoordige geding van renten over 1887 sprake is, terwij in een vroeger ge-

ding, waaraan door het in het *eerste middel* bedoelde arr. van het geregtshof te 's Hertogenbosch een einde werd gemaakt, renten over 1885 en 1886 werden gevorderd Toch doet deze omstandigheid hier voor het bestaan der *res judicata* niets af. Want de zaak, de *res*, is hier niet het beding der renten over 1887, en de oorzaak, de *causa*, niet het verschuldigd zijn van dat bedrag, zooals verkeerdelijk in het *eerste middel* wordt gesteld. De vordering tot betaling der renten over 1887 is alleen de *gelegenheid*, *waarbij* ten deze de *res judicata* zich voordoet. *Hier* is de *res* eene som van fr. 800, en de *causa* het in voorschot geven daarvan Het is duidelijk, — en de Raad zal het bij het lezen van de stukken ontwaren, — dat in het *eerste middel* de figuur der zaak wordt getransponeerd. Omtrent die *res* nu en die *causa* was reeds door eene vroegere uitspraak beslist. Teregt is alzoo in het aangevallen vonnis der regtb. te Maastricht, waarbij het vonnis van den kntr te Sittard werd bevestigd, het bestaan van *res judicata* aangenomen. Dat het hier *eadem res* is, behoeft geen betoog. Maar het is ook *eadem causa*. Wel is waar moest, blijkens de bewoordingen van het door den tegenwoordigen eischer in het geding gebragte ontvangbewijs, het voorschot strekken tot betaling der renten over 1885 en 1886, terwijl in het tegenwoordige geding de renten over 1887 worden gevorderd Maar wanneer het beroep op dat voorschot eenige beteekenis hebben zal, dan moet dit in dien zin worden opgevat, gelijk dan ook bij het *derde middel* geschiedt, — dat het ook diende voor de betaling van volgende jaren of termijnen. En nu is er te dien aanzien zonder twijfel eene in kracht van gewijsde gegane beslissing des regters. Want zonder zich in te laten met de vraag *voor wanneer* het beweerde voorschot dienen moest, heeft de regter in het vroegere geding omtrent het *bestaan* van dat voorschot

beslist, door te verklaren niet, zooals in strijd met de feiten, in het *derde middel* wordt gesteld, dat de betaling op voorschot bewezen was, maar — *dat het bewijs daarvan niet geleverd was.* — Het is alzoo duidelijk dat in het tegenwoordige geding dezelfde *causa* aanwezig is als in het vroegere.

Inderdaad is het beroep op dit voorschot in dit proces niets anders dan eene poging om door een vonnis van den lateren regter het bewijs te verkrijgen van iets, waarvan men bij den vroegeren in gebreke is gebleven of verzuimd heeft het bewijs te leveren, eene poging, die natuurlijk in lijnregten strijd is met het beginsel der *res judicata*, waarom dan ook ULPIANUS zegt in de *Lex* VII, § 1 Dig. *de exceptione rei judicatae* (XLIV, 2): „Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est."

„Hetgeen nog in het *eerste middel* wordt gesteld, dat de eisch niet op dezelfde oorzaak berustte omdat er in het vroegere geding „*geen eisch*, zelfs *geen exceptieve*, gedaan was, maar alleen eene *verwering*", heeft kennelijk zijn grond in eene verkeerde en te letterlijke opvatting van het woord „*eisch*" in a. 1954 B.-W., en behoeft naauwelijks wederlegging;

„In welken vorm toch de ged$_e$ zijn verweer doet, zoodra hij tegenover de vordering des eischers een feit aanvoert, geldt voor hem de regel: „*excipiendo reus fit actor.*"

„Ik houd alzoo de *middelen* van cassatie voor ongegrond en heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten, daarop gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Gehoord de conclusie van den Adv.-G. GREGORY, namens den Proc.-G., strekkende enz.

„Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1952, 1953, 3⁰, 1954 en 1958 B.-W., doordien de regtb. op het voetspoor des kntrs te Sittard, wiens gronden zij tot de hare maakte, het gezag van een gewijsde verder heeft uitgestrekt dan tot het onderwerp van het gewijsde; daar toch:

„*a*) niet dezelfde zaak gevorderd werd als in het geding, waarin het arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch, dat als geregtelijk gewijsde ingeroepen werd, gewezen was, namelijk andere termijnen derzelfde lijfrente;

„*b*) de eisch niet op dezelfde oorzaak berustte, daar er van de zijde van den tegenwoordigen eischer in cassatie in het vroeger geding geen eisch, zelfs geen exceptieve gedaan was, maar alleen eene verwering waarvoor geen bewijs werd bijgebragt, hetgeen hem niet belette hetzelfde feit van betaling later desgevorderd op nieuw in te roepen en te staven, terwijl van de zijde des verw^s in cassatie, de oorzaak van den tweeden eisch was de verschuldigdheid van andere termijnen der lijfrente dan bij den eersten eisch;

„O. daaromtrent, dat de eischer zoowel tegen eene op 30 April door den auteur van den verw. J. A. M. ingestelde vordering tot betaling van achterstallige termijnen van twee lijfrenten, als eene thans door den verw. ingestelde vordering tot betaling van de tot 1 Nov. 1887 vervallen termijnen derzelfde lijfrenten, zich heeft beroepen op het feit, dat voornoemde J. A. M. op 26 Jan. 1885 op voorschot der lijfrenten van 1885 en 1886 zou ontvangen hebben de som van zevenhonderd francs;

„dat dit beroep in eerstgemelde zaak bij arr. van het Geregtshof te 's Hertogenbosch dd. 22 Mrt 1887 is verworpen, omdat van de beweerde betaling geen bewijs was geleverd; terwijl eischer thans niet-ontvankelijk is geoordeeld om door productie van nader bewijs herstel te zoeken van

grieven die hem door eèn in kracht van gewijsde gegaan arr. zouden zijn toegebragt;

„dat deze beslissing juist is, omdat door voormeld arr., waarin eischer berust heeft, tusschen partijen voor goed is uitgemaakt, dat de betaling, waarop hij thans weder een beroep doet, geen plaats gehad heeft;

„dat hierbij onverschillig is, dat in beide vorderingen verschillende termijnen gevorderd werden, omdat beide zaken betreffen gelden, verschuldigd krachtens dezelfde overeenkomsten van lijfrente, en dus volkomen met elkander gelijkstaande onderdeelen eener zelfde schuld;

„dat onder die omstandigheden teregt is aangenomen, dat in beide gedingen dezelfde zaak gevorderd werd en de eisch op dezelfde oorzaak berustte; zoodat het tegen die beslissing gerigte *middel* als ongegrond behoort te worden verworpen;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1952, 1953, 3°, 1954, 1958, 1417, 1418, 1420, 1421, 1429, 1432, 1434, 1902, 1903, 1904, 1911, 1912 en 1913 B.-W. en a. 81 B.-R., omdat de regtb, hoewel door den eischer was bijgebragt eene kwijting, waarvan de echtheid der handteekening niet was ontkend, toch heeft bevestigd het veroordeelend vonnis des kntrs; en als *derde middel:* schending en verkeerde toepassing der bij het *tweede middel* aangehaalde a., in verband met de a. 1416, 1462 en 1463 B.-W., doordien de regtb., al mogt de eischer zich niet meer op die kwijting beroepen als bewijs van betaling over 1885 en 1886, in ieder geval die bewezen betaling had moeten doen gelden op volgende jaren of termijnen der lijfrenten;

„O. daaromtrent, dat deze *middelen* na het boven overwogene omtrent de toelating der *exceptio rei judicatae* nooit tot cassatie van het aangevallen vonnis zouden kunnen

leiden en dus geen nader punt van onderzoek behoeven uit te maken;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in kosten."

N°. 3045. — Arrest v. 30 Nov. 1888.

(A. 1902; a. 1959 B.-W.)

Zijn op het bewijs van het bestaan eener gewoonte waarnaar de wet verwijst, de wettelijke regels omtrent het bewijs toepasselijk? — NEEN.

Is de regter bevoegd uit zijne eigene wetenschap het bestaan eener gewoonte aan te nemen? — JA.

Kan de judex facti a. 1915 *B.-W., door de hem aldaar overgelaten beoordeeling of zekere feiten gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander overeenstemmend genoeg zijn om als vermoedens te gelden, verkeerd toepassen?* — NEEN.

De Proc.-G. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Dit beroep steunt op *drie middelen.*

„De beide eersten behandel ik te zamen. Zij luiden: schending en verkeerde toepassing van de a. 1607 en 1623 B.-W., door te beslissen, dat de huur van een huis, primitief voor den tijd van één jaar, en voor eene bepaalde som in het jaar aangegaan, stilzwijgend verlengd zijnde, geacht moet worden telkens voor één jaar door te loopen, op grond waarvan het aangeboden bewijs aangaande den duur der verlengde huur, volgens plaatselijk gebruik, alsmede tijdige opzegging der verlengde huur, volgens plaatselijk gebruik ten onregte zijn ter zijde gesteld; en schending van a. 1902 B.-W. door den ged^e (nu eischer) niet toe te laten tot-, en te passeren het aangeboden bewijs, dat de huur primitief schriftelijk is aangegaan, dat de gecon-

tinueerde huur, volgens plaatselijk gebruik niet voor een jaar doorliep, en dat de gecontiueerde huur tijdig volgens plaatselijk gebruik is opgezegd.

„De regtb. heeft niet *in thesi generali* uitgemaakt wat in het *eerste middel* gezegd wordt hare beslissing te zijn, maar wel, dat de huurovereenkomst onverschillig of die schriftelijk of mondeling is aangegaan, voortduurt als de huurder, na het eindigen daarvan, in het bezit van het gehuurde blijft, en *geacht wordt op dezelfde voorwaarden voor den tijd dien het plaatselijk gebruik medebrengt voort de duren.*

„En het hier voorliggende geval aan dien regel toetsende, beslist de regtb. dat, vermits tusschen partijen vaststaat dat de oorspronkelijke huur is aangegaan voor een bepaalde som in het jaar, en alzoo is aangegaan bij het jaar, aanvangende met 1 Febr., daaruit volgt, dat de verlengde huur telkens is aangegaan voor één jaar, loopende van 1 Febr. tot 1 Febr. daaraanvolgende, terwijl niet blijkt van opzegging, veelmin van tijdige opzegging der huur door den gedaagde.

„De regtb. heeft dus niet over het hoofd gezien, maar toegepast den regel van a. 1623 B-W., en vermits nu des eischers aanbod van bewijs, dat de huur primitief schriftelijk was aangegaan, geen andere strekking kon hebben dan de toepasselijkheid van a 1623 op dit geval aan te toonen, zoo kon dit bewijs-aanbod als superabondant worden voorbijgegaan. En de eischer kan zich ook hier niet komen beklagen, dat hij hier niet is *toegelaten* tot bewijs van het overige in het *tweede middel* bedoeld, omdat hij, volgens de 3e overw. *quoad jus*, zich wel op opzegging der huur beroepen, maar dit feit niet bewezen, en ook *niet aangeboden heeft te bewijzen*, en ook uit het vonnis niet blijkt, dat hij het door hem beweerde plaatselijk gebruik heeft willen bewijzen, daargelaten dat de wettelijke bewijsregels

niet toepasselijk zijn op de gewoonte, waarop de wet verwijst, vermits daaromtrent geldt het *curia jus novit* (Arr. v. 27 Mrt 1885, *Regtspr.* CXXXIX, 269; v. d. HONERT, *B.-R.* L, 554).

„Het *derde middel* heet: verkeerde toepassing van a. 1959 B.-W., door niet aan te nemen de tijdige opzegging van het gehuurde huis in Junij tegen primo Aug. daaraanvolgende, wanneer, gelijk *in casu*, vaststaat: 1⁰ dat de oorspronkelijke eischer half Junij zelf een huurbordje heeft aangeslagen of doen aanslaan; 2⁰ dat hij zelf in dien tijd aan een ander dat huis te huur heeft aangeboden; 3⁰ dat hij den oorspronkelijk gedaagde tegen Aug. heeft laten vertrekken en het huis heeft laten ontruimen met overgave van den huissleutel.

„Maar ook dat *middel* kan niet opgaan, omdat vermoedens welke niet op de wet zelve gegrond zijn, overgelaten zijn aan het oordeel en de voorzigtigheid van den *judex facti*, die alleen bevoegd is te beoordeelen of de feiten, die eene partij als vermoedens wil doen gelden, zijn zoo gewigtig, naauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming, dat daaruit het bestaan van een ander feit kan worden afgeleid.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Gezien de stukken;

„O., dat de eischer *drie middelen* van cassatie heeft voorgesteld:

„1⁰ Schending en verkeerde toepassing van de a. 1607 en 1623 B.-W., door te beslissen dat de huur van een huis primitief voor den tijd van 1 jaar en voor eene bepaalde som in het jaar aangegaan, stilzwijgend verlengd zijnde, geacht moet worden telkens voor 1 jaar door te

loopen, op grond waarvan het aangeboden bewijs aangaande den duur der verlengde huur volgens plaatselijk gebruik, alsmede tijdige opzegging der verlengde huur volgens plaatselijk gebruik, door de regtb. ten onregte zijn ter zijde gesteld;

„2⁰ Schending van a. 1902 B.-W., door den ged. niet toe te laten tot en te passeeren het aangeboden bewijs dat de huur primitief schriftelijk is aangegaan, dat de gecontinueerde huur volgens plaatselijk gebruik niet voor een jaar doorliep, en dat de gecontinueerde huur tijdig volgens plaatselijk gebruik is opgezegd;

„3⁰ Verkeerde toepassing van a. 1959 B.-W., door niet aan te nemen de tijdige opzegging van het gehuurde huis in Junij tegen primo Aug daaraanvolgende, wanneer, gelijk *in casu* vaststaat: 1⁰ dat de oorspronkelijke eischer half Junij zelf een huurbordje heeft aangeslagen of doen aanslaan; 2⁰ dat hij zelf in dien tijd aan een ander dat huis te huur heeft aangeboden; 3⁰ dat hij den oorsponkelijken ged. tegen Aug. heeft laten vertrekken en het huis heeft laten ontruimen met overgave van den huisdeursleutel;

„O., dat het *eerste middel* berust op eene onjuiste opvatting van het bestreden vonnis, vermits de regtb. niet in het algemeen heeft beslist zooals in het *middel* is vermeld, maar alleen dat de huurovereenkomst, onverschillig of die schriftelijk of mondeling is aangegaan, voortduurt als de huurder na het eindigen daarvan in het bezit van het gehuurde blijft, en geacht wordt op dezelfde voorwaarden voor den tijd dien het plaatselijk gebruik medebrengt voort te duren, en dat daarom in deze, — waar vaststaat dat de oorsponkelijke huur is aangegaan voor eene bepaalde som in het jaar en alzoo bij het jaar, ingaande met 1 Febr., — moet worden aangenomen, dat de verlengde huur telkens is aangegaan voor 1 jaar, ingegaan 1 Febr., terwijl niet

blijkt van opzegging, veel minder van tijdige opzegging der huur door den ged. (nu eischer in cassatie), door welke beslissing geen der in het *middel* aangehaalde a. is geschonden;

„O. ten aanzien van het *tweede middel* van cassatie, dat de regtb. geene aanleiding had om den ged. toe te laten tot het aangeboden bewijs van het schriftelijk aangaan der huur, vermits die omstandigheid, al ware zij bewezen, in deze, waar de regtb. ook in geval van toepasselijkheid van a. 1623, de ongegrondheid van des gedaagden bewering aanneemt, van geen invloed op hare beslissing kon zijn, terwijl op het bewijs van het bestaan eener gewoonte waarnaar de wet verwijst, de wettelijke regels omtrent het bewijs niet toepasselijk zijn, en de regter bevoegd is, uit zijne eigene wetenschap het bestaan eener gewoonte aan te nemen;

„O., dat mitsdien ook *dit middel* van cassatie is ongegrond;

„O., wat het *derde middel* van cassatie aangaat, dat bij a. 1959, waarvan hier de verkeerde toepassing wordt beweerd, aan den regter van het feit de beoordeeling wordt overgelaten of zekere feiten, gewigtig, naauwkeurig bepaald en met elkander overeenstemmend genoeg zijn om als vermoedens te gelden, en die regter dus door zoodanige beoordeeling gemeld a. niet verkeerd kan toepassen;

„O, dat dit *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N⁰ 3046. — Arr. van 30 Nov. 1888.

(A. 1902, 1962 B.-W.)

Is het door verjaring of op andere wijze verkrijgen van den eigendom aan een gedeelte *van een stuk land, dat vroeger een ander geheel heeft gevormd, regtens bestaanbaar?* — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het beroep in cassatie is gerigt tegen een arr. van het Geregtshof te Arnhem, waarbij, met bevestiging van een vonnis der regtb. te Arnhem, werd beslist dat zekere strooken gronds, liggende ter weerszijde van de zoogenaamde Ompersche straat, in de gemeente Bergh, aan die gemeente in eigendom toebehooren. Ten einde dit te doen uitmaken had de tegenw. verw. den eischer in cassatie in regte geroepen. Tegen 's Hofs arr. nu zijn *twee middelen* aangevoerd, waarvan het *eerste* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 625, 627, 629, 639, 1902, 1953, 2⁰, 1962, 1991, 1992 en 2000 B.-W. en voor zooveel noodig van a. 7 der wet van 11 Febr. 1816, *St.* n⁰ 14 (kadaster) en van de a. 1—15 en 19 en 20 van het Prov. Regl op de wegen en voetpaden in Gelderland, goedgekeurd bij Kon. besluit van 8 Dec 1857, n⁰ 60 (leggers), a. 137 der Prov. wet en a. 147, 148 en 192 Grw. van 1848, omdat het arr. zonder eenig bewijs den betwisten eigendom der gemeente aanneemt.

„Om te weten of de bewijsvoering in het arr. aan de eischen der wet voldoet, zal het noodig zijn 's Hofs redenering op den voet te volgen Ik heb hier allereerst op het oog de 9e overw. van het aangevallen arr. Uitgangspunt is hier de bekentenis van den appt, nu eischer in cassatie, dat de grintweg, aan weerszijde waarvan de bedoelde strooken gronds zijn gelegen, eigendom der gemeente

Bergh is Verder wordt aangenomen des apps stelling, dat de Ompersche straat oorspronkelijk is geweest een strook weiland met een karrespoor er over. En dan wordt aldus geredeneerd: „daar nu het enkele feit der verharding en begrinting van het karrespoor op zich zelf den alzoo ontstanen grintweg onmogelijk tot openbaren weg en tot eigendom der gemeente Bergh kon hebben gemaakt, en „*appt niet opgeeft*, *veelmin aantoont* op welke andere wijze die grintweg openbare eigendom der gemeente zou geworden zijn", moet „noodzakelijk worden aangenomen dat het vroegere karrespoor reeds openbare weg en gemeentelijke eigendom is geweest." Naar het mij voorkomt is deze bewijsvoering verre van onberispelijk. Want wanneer men haar ontleedt, dan ziet men dat het Hof, door middel van *interversie* van bewijslast, d. i. door den bewijslast van den eigendom te plaatsen op de schouders van den ged., tegen wien de eigendomsactie werd ingesteld, tot het zoo even genoemde besluit is gekomen.

„En dan gaat het Hof voort als volgt: dewijl de Ompersche straat oorspronkelijk is geweest een strook weiland met een karrespoor er over, moeten dat karrespoor en de strooken grasland er nevens met elkander en te zamen „*als één geheel* die straat hebben uitgemaakt." Tot zoover valt tegen deze redenering, die zich geheel op feitelijk gebied beweegt, natuurlijk niets te zeggen. Doch nu komt de juridieke gevolgtrekking, die uit die feiten gemaakt wordt en deze is, naar ik meen, geheel in strijd met de regelen, die bij de wet voor het bewijs zijn gesteld. „En „dat mitsdien", zoo luidt ze, „die strooken, te meer *nu* „*appt niet bewijst* dat zij een anderen eigenaar dan dien „van het karrespoor hebben gehad, moeten geacht worden, „evenzeer als het karrespoor, *en als daarbij behoorende*, het „eigendom der gemeente Bergh geweest te zijn. Men vindt

hier alweder eene verplaatsing van den bewijslast. Niet de appt, waar de geïntime, die de actie instelde, had tegenover de ontkentenis van den appt, den eigendom te bewijzen. Maar bovendien put het Hof uit de plaatselijke gesteldheid van den weg en de daarnevens liggende strooken eene *praesumtio juris*, die niet bestaat omdat ze haren grond niet in de wet heeft, zooals b. v. het geval is bij de plaatselijke toestanden, waarvan in den 4n titel van het IIe boek van het B.-W. gesproken wordt. Neemt men aan dat de regter hier geen *praesumtio juris* (a 1954), maar alleen eene zoogaamde *praesumtio hominis* (a. 1959) heeft bedoeld, ook dan is de bewijsvoering ondeugdelijk, omdat onder zekere omstandigheden, wel van den *modus acquirendi dominii*, maar nooit van het *regt* van eigendom het bewijs door vermoedens kan worden geleverd.

„Deze laatste opmerking geldt ook voor de vermoedens in de 10e en 11e overw., de omstandigheden nl. dat de bedoelde strooken èn bij het kadaster èn op den legger der wegen steeds als tot den grintweg behoorende zijn aangemerkt, en dat de gemeente Bergh „meerdere daden van beheer, bezit en eigendom op de bermen van bedoelden weg heeft verrigt."

„Ik houd alzoo het *eerste middel* in cassatie voor gegrond. Dit is evenwel niet het geval met het *tweede middel*, aldus luidende: „schending en verkeerde toepassing van de a. 199, 202, 203, 103 en 105 B.-R. en 1944 B-W., omdat het Hof aan het als onderwerp der enquête te stellen *factum probandum* eischen stelt, die, in strijd met de bedoeling der wet, te overdreven beperkend zijn, terwijl de drie gestelde daadzaken genoegzaam aan de eischen der wet voldoen en, in elk geval, zoo daarin enkele uitdrukkingen voorkomen, die te weinig feitelijk schijnen, de regter die had behooren te verbeteren, maar in geen geval deswege ook voor

het overige de deur der enquête had mogen sluiten."

„Of de gestelde daadzaken ter zake dienende en afdoende (pertinent en concludent) zijn, is eene vraag die de *judex facti* heeft te beslissen (Zie 's Raads jurisprudentie op dat punt bij VAN ROSSEM ad a. 199, n° 40). Alleen dan is cassatie mogelijk, wanneer 's regters beslissing (zooals schijnt te mogen worden afgeleid uit de beide arr^n bij VAN ROSSEM ad a. 203, n° 1, aangehaald). Intusschen kan daarvan hier geen sprake zijn. Want, terwijl de eerste daadzaak door het Hof te *vaag* wordt geacht, eene uitspraak die natuurlijk geheel *feitelijk* is, overweegt het omtrent deze alsmede omtrent de derde daadzaak nog, dat beide de strekking hebben om de getuigen te doen verklaren, dat het beweiden van de bermen der Ompersche straat door de bewoners van oudhoevige huizen te Groot-Azewijn, en bepaaldelijk ook door den app^t en zijne voorgangers door deze is geschied „*als regthebbende* of *als een regt uitoefenende*, zoodat door de getuigen zou worden uitgesproken een oordeel omtrent een „*regtstoestand*", en eindelijk omtrent de tweede daadzaak, dat daarbij mede wordt bedoeld: „de getuigen over een *regtstoestand* te laten oordeelen, door hen „te laten verklaren, dat het grasland in de Ompersche „straat van ouds tot het daarop laten weiden van vee „van eigenaren van oudhoevige huizen in Groot-Azewijn „*is bestemd geweest*". Wel verre dus dat des regters beslissing aangaande het pertinente en concludente der daadzaken zijn grond zou hebben in eene onjuiste opvatting van eene of andere wetsbepaling, heeft deze bij uitspraak de bepaling van a. 1944 B.-W. zeer juist opgevat.

„Nu is wel van de zijde des eischers bij pleidooi beweerd, dat dit bezwaar niet bestaat omdat bij de enquête het doen van vragen aan de getuigen, als de hier bedoelde, kan worden vermeden, maar het is dunkt mij niet twijfelachtig,

dat voor 's regters beslissing omtrent het al of niet ter zake dienende of afdoende der daadzaken alleen de daadzaken, *zooals zij gesteld zijn* in aanmerking kunnen komen.

Evenmin is dan ook juist wat mede is aangevoerd, dat de regter verpligt zou zijn de aanduiding of omschrijving der gestelde daadzaken ambtshalve te *verbeteren*. De regter *kan* dat doen evenals hij ambtshalve een getuigenverhoor kan gelasten, maar het een zoowel als het ander is geheel aan zijn *arbitrium* overgelaten (Vgl VAN ROSSEM ad a. 203 n° 1).

„Op grond van hetgeen ten aanzien van het *eerste middel* werd betoogd heb ik de eer te concluderen tot vernietiging van het beklaagde arr. en terugwijzing der zaak naar het Geregtshof te Arnhem, ten einde met inachtneming van 's H.-Rs arr. verder te worden behandeld en beslist, met veroordeeling van den verw. qq. in de kosten in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 625, 627, 629, 639, 1902, 1953, 2°, 1962, 1991, 1992 en 2000 B.-W., en voor zooveel noodig van a. 7 der wet van 11 Febr. 1816, *St.* n° 14 (kadaster) en van de a. 1—15 en 19 en 20 van het Prov. Regl. op de wegen en voetpaden in Gelderland, goedgekeurd bij Kon Besl. van 8 Dec. 1857 n° 60 (leggers), 137 der Prov. wet en 147, 148 en 192 Grw. van 1848, omdat het arr. zonder eenig wettig bewijs den betwisten eigendom der gemeente aanneemt;

„O., dat bij het bestreden arr. wordt overwogen (overw. 7) dat de app. (nu eischer in cassatie) zich alleen door de beslissing des eersten regters bezwaard acht in zooverre als daarbij de Ompersche straat *in haar geheel* en niet de verharde grintweg in die straat alleen als openbare straat

of weg in beheer en eigendom bij de gemeente Bergh is beschouwd, doch (overw. 8) dat die beschouwing door app[s] eigene stellingen ten volle wordt geregtvaardigd;

„O, dat het Hof mitsdien het regt van eigendom der gemeente op de geheele Ompersche straat, zonder dat van eenig middel van eigendomsverkrijging sprake is, als bewezen aanneemt, op grond van de eigene stelling, dat is, van *de bekentenis* des appellants;

„O., dat deze dien eigendom echter niet heeft erkend, maar alleen dat de grintweg, die over de Ompersche straat loopt, is een openbare weg, publiekregtelijk eigendom der gemeente Bergh, terwijl hij integendeel steeds heeft ontkend dat de strooken grond van die straat, die niet door dien grintweg worden ingenomen, aan de gemeente in eigendom toebehooren;

„O., dat 's Hofs beschouwingen kennelijk hierop berusten dat een bepaald stuk grond, dat eenmaal als zoodanig een geheel heeft gevormd, moet geacht worden slechts als geheel in andere handen te zijn overgegaan; dat mitsdien in des eischers erkentenis, dat de gemeente Bergh eigenares is van den grintweg, opgesloten ligt dat zij ook eigenares is van de strooken, die tot hetzelfde geheel hebben behoord; dat althans, zoo de eischer het tegendeel wil beweren, het bewijs daarvan op hem rust;

„O. daaromtrent, dat aan het door verjaring of op andere wijze verkrijgen van den eigendom van een *gedeelte* van een stuk land, dat vroeger een geheel heeft gevormd, niets in den weg staat, en de wet ook nergens een vermoeden uitspreekt ten voordeele van hem, die het voortbestaan van den vroegeren toestand en van het toebehooren aan dezelfden of slechts éénen eigenaar beweert;

„dat de regter alzoo door, ondanks de ontkentenis van den eischer, dat de strooken langs den grintweg aan de

gemeente Bergh behooren, die gemeente, op grond van dat onderstelde voortbestaan, ontslagen te achten van de gehoudenheid om haar eigendom te bewijzen, a. 1902 B.-W. heeft geschonden, en voor zoover hij dat bewijs in de bekentenis van den eischer vervat mogt hebben geacht, aan die bekentenis eene werking heeft gegeven buiten de grenzen waarbinnen ze als bewijsmiddel mogt dienen, en derhalve ook a. 1962 B.-W. heeft geschonden;

„O., dat alzoo het *middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het arr. door het Geregtshof te Arnhem op 21 Dec. 1887 in deze zaak gewezen;

„Wijst de zaak terug naar het Geregtshof, ten einde met inachtneming van 's H -Rs arr. verder de worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt den verw. qq in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3047. — Arr. van 7 Dec. 1888.

(A. 750, 2° litt. *f*, K.)

Zijn bij a. 750, 2° *litt f, K. bedoeld alle vorderingen wegens leverantiën van scheepsbenoodigdheden, dan wel alleen de zoodanige die gestrekt hebben tot onderhoud of reparatie van het schip?* — In laatstgemelden zin beslist.

Namens den Proc -G. heeft de Adv.-G. Gregory in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eenige vraag, die de H.-R. in dit geding te beantwoorden heeft, is deze: behoort de levering van steenkolen voor een stoomschip onder de „leveringen" waarvan in a. 750 K. sprake is? Zoowel de regtb. als het Geregtshof te Amsterdam had die vraag ontkennend beantwoord en tegen 's Hofs arr. is thans als *eenig middel* in cassatie aangevoerd:

schending en verkeerde toepassing van a. 750, 2° litt. *f*, K., omdat het arr. aan kolen-leverantiën ten behoeve van het stoomschip privilege ontzegd heeft, op grond dat de aangehaalde wet onder leveringen slechts zou begrijpen dezulken, die geschieden in verband met eene reparatie aan het schip"

„Na al hetgeen er *ab utrâque parte* omtrent de beteekenis der bedoelde wetsbepaling, vooral ook met het oog op de geschiedenis daarvan, is aangevoerd, kan mijn betoog kort zijn.

„In den 13n titel van het IIe Boek K. wordt gehandeld „van schepen en vaartuigen, welke de rivieren en binnenwateren bevaren" en onder die rubriek komt voor het a. 750, waarin de voorschriften omtrent de zeeschepen toepasselijk worden verklaard, behoudens de na te noemen wijzigingen, o. a. sub 2° „dat in de daar vermelde volgorde zijn bevoorregt de aldaar aangeduide schulden, en wel onder letter *f*: „de noodige leveringen en reparatie aan het schip of vaartuig en deszelfs gereedschappen gedaan, gedurende drie jaren, te rekenen van den dag dat de reparatie is volbragt."

„De raadpleging der geschiedenis (bij VOORDUIN X, 561) doet duidelijk zien, dat de inhoud van a. 313, sub 6° en van a. 313 sub 7°, in genoemde wetsbepaling zijn ineengesmolten. Vgl. ook DIEPHUIS, *Handelsregt* II, 28, noot 3. Wanneer men dus de beteekenis van het woord: „leveringen" in a. 750, 2° *f*, uit de geschiedenis wil opsporen (en geen andere weg van uitlegging is hier mogelijk), zal men zeer bepaald met a. 313, sub 6° en 7°, rekening hebben te houden. Deze a. luiden thans aldus:

„A. 313, sub 6°. „De levering van zeilen, touwen en an„dere scheepsbenoodigdheden en de kosten van onderhoud of „van reparatiën van het schip en deszelfs toebehooren."

en a. 313, sub 7°: „De noodige levering en reparatie „aan het schip en deszelfs gereedschappen gedaan, niet „behoorende tot die in n° 6 hierboven gemeld, gedurende „de drie laatste jaren, te rekenen van den dag dat de re„paratie is volbragt."

„Oorspronkelijk was de aanhef zoowel van a. 313, 6°, als van a. 317, 7°, anders: van *levering* werd noch in het een, noch in het ander gewag gemaakt. „Alle kosten van onderhoud of reparatie van het schip enz." zoo las men toen in het a., dat nu a. 313, 6° is, en: „Alle noodige reparatiën van het schip" enz. in het a. dat thans a. 313 7° is (*). Wat geschiedde echter? De Kamer van Koophandel te Rotterdam meende, zoo leest men bij VOORDUIN (**) dat de uitdrukking: *kosten van onderhoud* te beperkt ware; men vroeg, of daaronder ook begrepen ware hetgeen *geheel nieuw* geleverd werd, dan wel alleen datgene wat (in den engen zin des woords) *onderhouden* of *gerepareerd* werd. Men stelde de vraag voor, of b. v. een zeilenmaker, die een nieuw grootzeil geleverd heeft, preferent zoude zijn, — dan wel of dit alleen plaats had, wanneer hij in het oude zeil een nieuw stuk heeft gezet; men achtte a. 191, 8°, *C. de C.* duidelijker en stelde voor te lezen: „Alle leverantie „van zeilen, touwen of andere scheepstoebehooren en ge„reedschappen, en alle kosten van onderhoud of reparatie „enz." Uit de vergelijking der voorgestelde redactie met het tegenwoordige a. 313, n° 6, blijkt dat aan den wensch van de Rotterdamsche Kamer van Koophandel voldaan is Alleen merk ik op, dat voor de woorden: „*scheepstoebehooren en gereedschappen*" eene andere uitdrukking werd gekozen,

---

(*) VOORDUIN IX, 304 vlg.

(**) T. a. pl., 327 vlg.

nl.: „*scheepsbenoodigdheden.*" Ook in a. 313, n⁰ 7, en a. 750, 2⁰, *f*, werd vervolgens het woord „levering" ingelascht.

„Reeds uit het feit, dat a. 750, 2⁰, *f*, den inhoud bevat zoowel van a. 313, 6⁰, als van a. 313, 7⁰, volgt, dat onder de „leveringen" van a. 750, 2⁰, *f*, ook moeten worden begrepen de leveringen van „zeilen, touwen en andere scheepsbenoodigdheden", waarvan in a. 313, 6⁰, gesproken wordt Ten overvloede werd dit nog door de Regering verzekerd naar aanleiding van den twijfel, die daaromtrent in ééne der afdeelingen gerezen was (*).

„Is dit nu zoo, — alzoo wordt van de zijde des eischers geredeneerd, — dan is de zaak spoedig beslist, want onder „scheepsbenoodigdheden" zullen toch wel steenkolen moeten worden gerekend. Maar van tweeën één: òf men kiest de taalkundige uitlegging, òf men beroept zich op de geschiedenis. Begrijpende — en teregt —, dat het woord: „leveringen" in a. 750 2⁰ *f*, hem geen licht gaf, heeft de eischer dit gezocht bij de historie Hem is toen gebleken, dat onder die „leveringen" ook leveringen van scheepsbenoodigdheden waren begrepen. Maar nu gaat het niet wel aan, op eens den weg der geschiedenis te verlaten en voor de beteekenis van het woord: „scheepsbenoodigdheden", wederom met de taalkunde te rade te gaan, waar de wording van dit woord zoo duidelijk kan worden nagespeurd Zoo even deelde ik woordelijk mede wat, naar de aanteekening bij Voorduin, door de Rotterdamsche Kamer van Koophandel werd verlangd en voorgesteld. Daaruit blijkt dat zij geen andere leveringen op het oog had dan die, welke het karakter van *reparatie* hadden, en dat hare vrees alleen deze was, dat men het begrip van reparatie te eng zou

---

(*) Voorduin X, 561.

opvatten, als werd met repareeren slechts dat bedoeld, wat in het dagelijksch leven „oplappen" wordt genoemd. Zij wilde onder „repareeren" ook gebragt hebben levering van nieuwe stukken in plaats van oude en versletene, zooals b. v. een nieuw zeil Maar buiten het begrip van *reparatie* wilde zij kennelijk niet gaan, en de door haar voorgestelde redactie geeft allerminst grond om dit aan te nemen. Immers spreekt zij daar van „*zeilen*, *touwen* of andere *scheepstoebehooren en gereedschappen.*" Alles dus wat aan het schip of zijne deelen *ter reparatie* daarvan nieuw werd geleverd, ziedaar, naar ik meen, de vrij duidelijk uitgedrukte bedoeling der Rotterdamsche Kamer van Koophandel.

„En nu heeft, het is waar, de Regering de woorden „scheepstoebehooren en gereedschappen" niet overgenomen, maar in plaats daarvan de uitdrukking „scheepsbenoodigdheden" gesteld, maar daar zij het a. alleen heeft gewijzigd om aan den wensch der Kamer van Koophandel te voldoen en dus het beginsel dier Kamer in haar gewijzigd wetsa heeft nedergelegd, moet men wel aannemen, dat zij met de genoemde uitdrukking hetzelfde bedoelde als de Kamer van Koophandel met de hare. Wanneer ik eene gissing mag wagen, dan heeft de Regering in de redactie der Kamer van Koophandel een taalkundige onjuistheid willen verbeteren, meer niet.

„Men heeft van de zijde des eischers een argument willen ontleenen aan de verwijzing der Kamer van Koophandel naar a. 191, 8°, *C. d. C.* Werkelijk werden daar preferent verklaard de schulden wegens „fournitures, travaux, main-d'oeuvre" en verder wegens „radoub, victuailles, armement et équipement." Maar, wanneer men de aanteekening bij VOORDUIN naauwkeurig leest, dan ziet men dat de Kamer van Koophandel alleen daarom van a. 191, 8°, *C. d. C.* melding

maakt, omdat naar hare meening daarin het karakter van reparatie, het ruimere begrip daarvan, duidelijker is uitgedrukt dan in het ontwerp der Regering.

„Uit niets blijkt dat zij het overnemen der bepaling van den *C. d. C.* wenschelijk achtte Wel blijkt het tegendeel. Immers, waartoe dan het voorstellen eener eigen redactie, geheel afwijkende van die van den *C. d. C.?* Teregt is ook nog opgemerkt, dat het bezwaar der Kamer van Koophandel gemaakt werd ten aanzien van a. 313, n° 6, overeenkomende met a. 191, 5°, *C. d. C.*, welke laatste bepaling iets geheel anders bevatte dan a. 191, 8°, en het nu wel niet aannemelijk is, dat de Kamer, die dan zoo gegehecht zou zijn geweest aan den Franschen Code, ook nog in dien zin verandering wenschte, dat zij de bepaling van a. 191, 8°, van dat wetboek in de plaats van die van a. 191, 5°, wilde geschoven hebben.

„In de vroegere ontwerpen (*) is alleen van *reparatie* sprake. Heeft nu onze wetgever dit beginsel prijsgegeven? Men kan dit slechts beweren op grond dat het woord „levering" thans in a. 313, 6° en 7°, en in a. 750, 2°, *f*, voorkomt. Maar dit woord heeft zijne opneming in de genoemde a. alleen te danken aan het gevolg dat door de Regering is gegeven aan de opmerking der Rotterdamsche Kamer van Koophandel, die, zooals gezegd, slechts *reparatie* op het oog had.

„Overigens bestaat er geen grond hoegenaamd om te veronderstellen dat de Regering de grenzen van het tot nog toe door haar aangenomen begrip van *reparatie* heeft willen overschrijden. Ja, zoozeer stond het bij haar vast, dat de hier bedoelde leveringen geen ander karakter heb-

---

(*) VOORDUIN IX, 301 volg.

ben konden dan van *reparatie*, dat zij het niet noodig achtte (*) aan het slot van de a. 313, 7°, en 750, 2°, *f*, het woord *levering* te herhalen, maar meende te kunnen volstaan met de uitdrukking: „dat de reparatie is volbragt."

„Ik houd alzoo het *middel* voor ongegrond, en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten, daarop gegevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 750, 2°, lit. *f*, K, omdat het arr. aan kolen-leverantiën ten behoeve van het stoomschip privilege ontzegd heeft, op grond dat de aangehaalde wet onder leveringen slechts zou begrijpen dezulken, die geschieden in verband met eene reparatie van het schip;

„O. te dien aanzien, dat de eischer beweert dat het woord „leveringen" in a. 750, 2°, lit *f*, eene algemeene beteekenis heeft en alle leverantiën ten behoeve van het schip, bepaaldelijk kolen-leverantie ten behoeve van een stoomschip gedaan, omvat, terwijl bij het bestreden arr. is aangenomen, dat „leveringen" in gemeld a. alleen leveringen ter reparatie van het schip gedaan, zoude bedoelen;

„O., dat het woord „leveringen" in gemelde wetsbepaling en in n°s 6 en 7 van a. 313 K. niet in de oorspronkelijke ontwerpen voorkwam, maar later is ingevoegd, niet om daardoor alle ten behoeve van een schip gedane leverantiën onder de bij die nummers bevoorregt verklaarde schulden op te nemen, maar alleen met het doel om aan de vorderingen, wegens levering van nieuwe voorwerpen tot

(*) De Regering sloeg nl. geen acht op eene opmerking dienaangaande in de derde afdeeling gemaakt. (VOORDUIN X, 562.)

vervanging van andere, hetzelfde voorregt te doen verleenen als aan de vordering wegens herstel van dergelijke voorwerpen, altijd echter met behoud van het beginsel, dat die leveringen gestrekt hebben tot onderhoud van het schip en gereedschappen, zooals duidelijk blijkt uit het slot zoowel van a. 750, 2° litt. *f*, als van a. 313 n° 7, in welke beide het begin van den termijn, gedurende welken dit voorregt wordt verleend, gesteld wordt niet op het oogenblik waarop de levering is gedaan, maar op het oogenblik waarop de „reparatie is volbragt";

„O., dat de wetgever mitsdien bij die bepaling niet bedoeld heeft aan alle vorderingen wegens leverantie van scheepsbenoodigdheden voorregt te verleenen, maar alleen aan de zoodanige, die gestrekt hebben tot onderhoud of reparatie van het schip;

„O., dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 3048. — Arrest van 21 Dec. 1888.

(A. 134 B.-R. — A. 1544, 1545 B.-W.)

Moet het te veel vorderen niet-ontvankelijkheid of ontzegging van den geheelen eisch ten gevolge hebben? — NEEN.

Wanneer krachtens a. 1544 *B.-W. de kooper van eenig goed tegen den verkooper eene vordering heeft ingesteld tot teruggave van den betaalden koopprijs met schadevergoeding, en de verkooper hem van wien hij de zaak heeft gekocht, in vrijwaring heeft geroepen, moet alsdan, indien de bekendheid van den gedaagde in vrijwaring met het verborgen gebrek der zaak niet beweerd althans niet bewezen wordt, de actie tot vrijwaring in haar geheel, dan wel alleen voor zooveel daarbij ook schadevergoeding is gevorderd, niet-ontvankelijk worden verklaard?* — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. GREGORY in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De verw. in cassatie Jhr. S. G. had van den eischer in cassatie J. G. S. voor *f* 1250 een span paarden gekocht, dat deze weder voor *f* 950 had gekocht van den medeverw. H. v. A.

„Het bleek den verweerde G., dat een der paarden dampig was, waarom hij tegen den eischer in cassatie de *actio redhibitoria* instelde Deze riep daarop den medeverw. v. A. in vrijwaring. Over deze actie in vrijwaring loopt het tegenwoordig geding. De regtb. te Amsterdam verklaarde den eischer daarin niet-ontvankelijk. In hooger beroep werd haar vonnis bevestigd bij het arr. van het Gerechtshof te Amsterdam, waartegen *twee middelen* van cassatie zijn aangevoerd. Het *eerste middel* heet:

„Schending of verkeerde toepassing van de a. 1540, 1542, 1543, 1544 j° a° 1282 B.-W. en a. 68 en 69 B.-R., door te beslissen, dat de ingestelde vordering tot vrijwaring niet ontvankelijk zou zijn omdat de waarborg, ten gevolge van die vrijwaring, meer zou hebben te betalen dan hij van den eischer in vrijwaring, thans eischer in cassatie, had ontvangen en die vordering, om ontvankelijk te zijn, zou moeten inhouden het het positum, dat de ged. in vrijwaring bekend was met het gebrek, hoezeer noch de actie tot vrijwaring in het algemeen, noch zooals die in deze is ingesteld, van zoodanige voorwaarde afhankelijk is, en de op a 1540 B.-W. berustende vordering tot vrijwaring ook dien eisch niet stelt en ook nergens is bepaald dat de eisch tegen den ged. in vrijwaring ten aanzien van de vervulling van diens verpligting als waarborg beperkt zou zijn tot hetgeen de gedaagde in vrijwaring van den eischer in vrijwaring had genoten, evenmin als de eisch tot vrijwaring op grond van verborgen gebreken *ten aauzien van zijne ontvankelijkheid* beheerscht wordt door het *quantum* der vergoeding door den

waarborg te praesteeren, hetgeen van den loop van het geding afhankelijk is."

„Deze uitvoerige omschrijving heeft dit gebrek, dat zij niet juist teruggeeft wat door den regter is beslist. Allerminst heeft de door het Hof uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring haren grond in hetgeen dienaangaande in het *middel* wordt beweerd, maar eenig en alleen daarin, dat „de ingestelde eisch in vrijwaring is eene *andere* dan die waartoe ged[e] in vrijwaring, naar de eigen *posita* van den eischer in vrijwaring, verpligt [kon] worden (7[e] overw *in jure*)."

„Wat toch was geschied? De eischer in vrijwaring had bij zijn eisch geenszins gesteld, dat de ged. in vrijwaring met het zoo even genoemde gebrek van een der paarden bekend was geweest. Hij had dus alleen kunnen agéren ex a. 1545 B.-W. Hij deed dat echter niet, maar stelde de vordering in van a. 1544. Hij vorderde namelijk (zie 6[e] overw. *in jure*), vrijwaring voor alle gevolgen van de tegen hem ingestelde actie, speciaal terugbetaling van al hetgeen hij aan den oorsponkelijken eischer [zou] moeten voldoen." En nu werd wel bij pleidooi beweerd, dat het bedoeld element in die *posita* van den eisch lag opgesloten, maar het is duidelijk dat deze bewering weinig afdoet tegenover de *feitelijke* beslissing des regters, dat het *niet* in de *posita* was opgenomen.

„Bij de mondelinge toelichting heeft men nog getracht eene andere voorstelling ingang te doen vinden. Al was, — zoo werd gepleit, — de gedaagde in vrijwaring niet *ex lege* gehouden, dan was hij dit toch *ex conventione*, omdat de paarden als uitstekende paarden en eerlijk en trouw waren verkocht. Doch ook hier staat den eischer weder de feitelijke beslissing in den weg. Want het Hof verklaart

(8e overw. *in jure*): „dat te regt in het vonnis is aangenomen, dat uit genoemde bijvoeging dergelijke verpligting niet voortvloeit" De aangevallen beslissing des regters is, meen ik, volkomen juist. De eischer in vrijwaring (nu eischer in cassatie) kon op grond van den tusschen hem en den ged. in vrijwaring (nu medeverw. in cassatie) gesloten koop en verkoop van dezen terugvragen de door hem aan dezen betaalde koopsom, maar hij kon *jure* niet vorderen de bij verkoop zijnerzijds gemaakte winst. Om in die vordering ontvankelijk te zijn had hij moeten stellen dat de ged. in vrijwaring met het gebrek bekend was geweest. Hij heeft dit echter niet gesteld: *atqui ergo.*

„Als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 134 B-R, ook in verband met de in het *eerste middel* aangehaalde wetsa., en zulks op grond dat, waar, gelijk *in casu*, eene geldelijke vergoeding, waarin de verpligting tot vrijwaring zich oploste, werd gevorderd, eene vermindering van het *bedrag* dier vergoeding gelijk *in casu*, subsidiair was geschied, geenszins eene verandering, maar eene alleszins geoorloofde met de wet in volkomen overeenstemming zijnde vermindering of wijziging van eisch daarstelt, en de grondslag der ingestelde vordering in geen enkel opzigt van aard veranderd of een nieuwe vordering werd ingesteld, omdat een element of gedeelte der vergoeding werd losgelaten, maar het bedrag eenvoudig werd verminderd en beperkt."

„Ook dit *middel* is m. i ongegrond. Alweder is hier de feitelijke grondslag onjuist. De eisch in vrijwaring strekte niet tot betaling van een *bepaald bedrag*, maar zooals reeds werd gezegd: „tot vrijwaring voor alle gevolgen van de tegen hem [d. i. den eischer in vrijwaring] ingestelde actie, speciaal terugbetaling van al hetgeen hij aan den oorspronkelijken eischer [zou] moeten voldoen" Het was alzoo de actie van

a. 1544 B.-W., die werd ingesteld. En nu kan zeer zeker de eischer, hangende het geding, zijn eisch wijzigen of verminderen, maar hij kan in den grondslag zijner eenmaal ingestelde actie geen *verandering* brengen. Hij kan niet doen, wat de tegenwoordige eischer in cassatie heeft beproefd, hangende het geding de vordering uit a 1545 voor die uit a 1544 in *de plaats stellen*, of daaraan *toevoegen*, gelijk eigenlijk hier is geschied.

„Het beroep eindelijk op 's Raads arr. van 22 Nov. 1872 (v. D HON., *B.-R.* XXXVII, 474 volg.) kan niet opgaan, omdat het daar gold niet eene verandering van den *grondslag van den eisch*, maar een verandering der regtsgronden.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten daarop gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned enz.

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a 1540, 1542, 1543, 1544 in verband met 1282 B.-W. en 68 en 69 B.-R, door te beslissen dat de ingestelde vordering tot vrijwaring niet-ontvankelijk zou zijn, omdat de waarborg tengevolge van die vrijwaring meer zou hebben te betalen dan hij van den eischer in vrijwaring, thans eischer in cassatie, had ontvangen, en die vordering, om ontvankelijk te zijn, zou moeten inhouden het positum, dat de ged. in vrijwaring bekend was met het gebrek, hoezeer noch de actie tot vrijwaring in het algemeen, noch zooals die in deze is ingesteld, van zoodanige voorwaarde afhankelijk is en de op a 1540 B. W. berustende vordering ook dien eisch niet stelt, en ook nergens is bepaald, dat de eisch tegen een ged. in vrijwaring ten aanzien van de vervulling van diens verpligting als waarborg beperkt zou zijn tot hetgeen de ged. in vrijwaring van den eischer in vrijwaring

had genoten, evenmin als de eisch tot vrijwaring op grond van verborgen gebreken ten aanzien van hare ontvankelijkheid beheerscht wordt door het quantum der vergoeding door den waarborg te praesteeren, hetgeen van den loop van het geding afhankelijk is;

„O., dat feitelijk vaststaat dat de eischer in cassatie, tegen wien door den oorspronkelijken eischer, nu eersten verweerder, tot vernietiging van de tusschen deze partijen gesloten koopovereenkomst van een span paarden en teruggave van de tusschen haar bepaalde koopsom van *f* 1250.—. wegens een verborgen gebrek van één dier paarden, eene actie is ingesteld, van den tweeden verweerder, van wien hij de paarden voor *f* 950.— zou hebben gekocht, heeft gevorderd vrijwaring voor alle gevolgen der tegen hem ingestelde actie, in het bijzonder terugbetaling van al hetgeen hij aan den oorspronkelijken eischer zal moeten voldoen; alzoo terugbetaling van den door hem betaalden koopprijs met de winstderving, als schadevergoeding;

„O., dat het Hof teregt heeft geoordeeld dat het door den eischer in cassatie vooropgestelde, waarbij de bekendheid van den tweeden verweerder met het verborgen gebrek niet beweerd werd, ingevolge de a. 1544 en 1545 B.-W. de vordering tot schadevergoeding niet regtvaardigt, maar daaruit op grond van die artikelen ten onregte de niet-ontvankelijkheid der geheele vordering tot vrijwaring heeft afgeleid;

„O., dat a. 1540 B.-W. den verkooper ter zake van de daarin omschreven verborgen gebreken de verpligting tot vrijwaring oplegt, en dat a. 1543 in dat geval den kooper de keus geeft tusschen twee acties: het terugvorderen van den koopprijs met teruggave van het gekochte, of het terugvorderen van een gedeelte van den koopprijs met behoud van het goed; terwijl de twee volgende a., welke den om-

vang van de eerste dier regtsvorderingen regelen, het regt van den kooper om met de teruggave van den koopprijs schadevergoeding te vorderen, afhankelijk stellen van het al of niet aanwezig zijn van de bijkomende omstandigheid, dat de verkooper met het gebrek is bekend geweest;

„dat derhalve, waar de kooper, zonder zich op die bekendheid te beroepen of indien hij ze vooropgesteld heeft, zonder daarvan het bewijs te leveren, behalve teruggave van den koopprijs nog schadevergoeding heeft gevraagd, hij wel meer gevorderd, doch geene andere actie heeft ingesteld dan hem volgens het vooropgestelde of bewezene toekwam;

„O, dat niet alleen nergens is bepaald, dat het te veel vorderen de niet-ontvankelijkheid of ontzegging van den geheelen eisch ten gevolge moet hebben, maar dat het tegendeel voortvloeit uit a. 134 B.-R., waarbij aan den eischer de bevoegdheid is toegekend om tot den afloop der zaak zijn eisch te verminderen;

„O., dat bijgevolg het Hof door, op grond van de a. 1544 en 1545 B.-W., de vordering tot vrijwaring ook met betrekking tot de terugvordering van den koopprijs niet-ontvankelijk te oordeelen, deze artikelen verkeerd heeft toegepast;

„O. dat, vermits om deze reden het bestreden arr. moet worden vernietigd, het in de tweede plaats voorgestelde *middel* buiten onderzoek kan blijven;

„O., dat de eischer in cassatie zijne voorziening beperkt heeft tot de niet-ontvankelijk-verklaring der vordering in vrijwaring, zoodat de conclusie van den eersten verw., tot niet-ontvankelijkverklaring of verwerping van het beroep, in zoover dat gerigt is tegen de bij het aangevallen arr gegeven beslissing op de hoofdzaak, voor geene toewijzing vatbaar is:

„Vernietigt het tusschen partijen door het Geregtshof te

Amsterdam 24 Febr. 1888 gewezen arr., in zoover daarbij, met veroordeeling van den eischer in cassatie in de kosten van het hooger beroep, is bevestigd de bij vonnis der arr-regtb. te Amsterdam van 18 Jan. 1887 uitgesproken niet-ontvankelijkheid van de door den eischer in cassatie gedane vordering in vrijwaring, en veroordeeling van hem in de kosten;

„Vernietigt deze beslissing van de regtb.;

„Verwerpt de exceptieve verwering, behalve wat betreft de vordering tot schadevergoeding;

„Verklaart in zoover de vordering in vrijwaring niet-ontvankelijk;

„Compenseert de kosten van het hooger beroep en die in eersten aanleg op het incident gevallen;

„Wijst de zaak terug naar de arr.-regtb. te Amsterdam om haar met inachtneming van dit arr. verder te beregten;

„Veroordeelt den tweeden verw. in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3049. — Arrest van 21 Dec. 1888.

(A. 1507 B.-W.)

Houdt de onderhavige overeenkomst eenig verband met a. 1507 *B.-W.?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Proc.-G. Mr. POLIS de volgende conclusie genomen:

„Het *middel* stelt als geschonden en verkeerd toegepast de a. 1493, 1507, 1509 en vlg., 1553 B.-W., 199, 203 en 353 B.-R., — omdat het arr. zou hebben miskend den regel, dat koop en verkoop van eens anders goed nietig is. Het arr. zou namelijk, volgens de eischers, feitelijk

hebben aangenomen, dat de verw[s] *als hun toebehoorende* aan de eischers hebben verkocht zekere gronden, waarvoor zij thans de bedongen koopsom vorderen, en het Hof zou dus de eischers ten onregte niet-ontvankelijk hebben verklaard in hunne vordering. om door middel van getuigen het bewijs te leveren dat de verkochte goederen niet aan de verw[s] toebehoorden, en de aan de eischers gedane verkoop dus is nietig

„Ik deel het gevoelen van de verw[s], dat het geval van a 1507 hier niet bestaat. Want het Hof maakt niet uit, dat de verw. de gronden in kwestie *als hun toebehoorende* aan de eischers hebben verkocht, maar wel dat bij de voorwaarden van verkoop de app[n] (dat zijn de nu verw[s]) geen ongeoorloofde bedingen hebben gemaakt, *noch iets verkocht alsof het nog onbetwistbaar aan hen toebehoorde*, maar dat zij hebben verkocht gronden, die zeker en onbetwist aan hunne auteurs toebehoorden, *doch ten aanzien van welke*, wat hun eigendomsregt aangaat, ten dage van verkoop *regtszekerheid zou kunnen bestaan*, *met het oog op mogelijke regten door derden daarop verkregen;* dat de onderwerpelijke koop en verkoop onder de gestelde voorwaarden zich kenschetst als *eene overeenkomst*, *waarbij de verkoopers niet meer regten op het goed verkochten dan zij hadden*, en de verkoopers met volledige wetenschap omtrent de gevaren daarmede verbonden op eigen bate en schade de gelibelleerde perceelen hebben gekocht, *zoodat hier de feitelijke grondslagen niet gevonden worden om de handeling tusschen partijen*, *ten dage waarop zij heeft plaats gevonden te qualificeren als koop en verkoop van eens anders goed.* Dit alles is te vinden in de 5[e], 6[e] en 7[e] overw. *quoad jus.*

„Het Hof heeft dus de tusschen partijen gesloten overeenkomst geïnterpreteerd, en zijne beslissing, dat de strekking dier overeenkomst is een verkoop aan de eischers van

de regten, die de verw[s] op de gronden in kwestie nog mogten hebben, moet als van feitelijken aard, hier worden geëerbiedigd (Men zie het arr. van 27 Mrt 1885, *Regtspr.* CXXXIX, 281; v. d. Hon. *B.-R.* L., 554). En op die feitelijke beslissing stuit het *middel* af; want met overeenkomsten als de hier geslotene bemoeit a. 1507 zich niet. Cf. arr. v. 28 Dec. 1883 (v. d. Hon *B.-.R* XLIX, 107.)

„Overigens oordeelt het Hof ook in de 7[e] overw *in fine*: „dat de koopers niet zijn geregtigd om zich de vermeende en geheel onbewezen aanspraken van derden bij voorbaat toe te eigenen als middelen van verwering, aan welke zij, als middelen van eene actie tegen de verkoopers hebben gerenunciëerd krachtens de voorwaarden van verkoop." En nu pleiten de eischers wel, dat die uitspraak is onjuist, maar het wetsa. dat daardoor dan zou zijn geschonden, is door hen niet aangewezen Als zoodanig zou dan moeten kunnen worden aangemerkt a 1507 zelf. Maar uit a. 1507 volgt wel, dat, waar eens anders zaak is verkocht, de nietigheid van den koop en verkoop *kan worden ingeroepen*, maar geenszins dat de koop en verkoop van eens anders zaak geen regtsband tusschen partijen kan doen geboren worden, RADICAAL nietig is. Want a. 1507 raakt de openbare orde niet, maar alleen het bijzondere belang; en wanneer de verkooper zich wil verbinden om den kooper den eigendom te doen hebben van eene zaak, alhoewel die hem verkooper niet toebehoort, dan krenkt of bedreigt hij niemands eigendomsregt en is zijne handeling dus ook niet *contra bonos mores*, maar stelt hij zich alleen bloot aan zijn mede-contractant schadevergoeding te moeten betalen, indien hij de verpligting, die hij op zich genomen heeft, niet nakomt; en indien de kooper, zooals *in casu*, afstand doet van zijn regt om zich tegenover den verkooper van de nietigheid der overeenkomst ex a. 1507 te prevaleren, zoo later mogt

blijken dat hem eene *res aliena* verkocht is, dan is dat niets dan eene gewone speculatie, die hem alleen schade berokkent, maar niemands zedelijkheids-gevoel kwetsen kan

„De leer van MARCADÉ VI, 206, dat de koop en verkoop van eens anders zaak als *juridiek onbestaanbaar* moet worden beschouwd, wordt door hem verdedigd daarmede, dat *la vente produit la translation immédiate et directe de la propriété;* zoo iets kan echter, naar onze wet, niet worden beweerd, en daarmede vervalt voor ons het argument dat met eenigen schijn van grond voor de leer van MARCADÉ wordt aangevoerd, leer die overigens, ook in Frankrijk, lang niet algemeen wordt gevolgd, zooals den Raad kan blijken uit LAURENT XXIV, n⁰ 101 en vlg. en BAUDRY-LACANTINARIE, III, n⁰ 490 en 491.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischers in de kosten"

[Bij arr. van 21 Dec. 1888 heeft de H-R. conform deze conclusie de voorziening in cassatie verworpen].

N⁰ 3050. — Arrest van 28 Dec. 1888.

(A. 46, al. 3, B.-R.)

Is de regter bevoegd om, wanneer bij interlocutoir den gedaagde, op grond dat de eischer geen bewijs had geleverd, was opgelegd een door den eischer subsidiair opgedragen decisoiren eed te zweren, terwijl reeds vóór die uitspraak de gedaagde was overleden, alsdan bij eindvonnis andermaal in een onderzoek omtrent het bewijs der gestelde feiten te treden en, deze bewezen achtende, alsnog de vordering toe te wijzen? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. GREGORY, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Bij interlocutoir der regtb. te Amsterdam werd aan den auteur der eischers in cassatie, toen ged., de beslissende eed opgelegd. Het bleek echter daarna dat deze toen reeds gestorven was, en daar dientengevolge bedoelde eed niet kon worden afgelegd en de regtb. het bewijs niet geleverd achtte, ontzegde zij bij haar eindvonnis den verweerder in cassatie, toen eischer, zijn eisch. Laatstgenoemde kwam van deze uitspraak in hooger beroep. Het Hof oordeelde dat de vordering wel niet volledig bewezen, maar toch ook niet geheel van bewijs ontbloot was, en legde den app[t], nu verw., den suppletoiren eed op.

„Tegen 's Hofs beslissing wordt één *middel van cassatie* „aangewezen, namelijk: „schending en verkeerde toepassing „van de a. 1953 en 1954, 1902, 1903, 1977 en 1978 B.-W. „omdat het Hof ten onregte eene onderscheiding maakt „tusschen de kracht, die een vonnis heeft tusschen par-„tijen, en de kracht, die het heeft voor den regter, die „tusschen partijen jugeert, en zoodoende er toe gekomen is, „om nog eens op nieuw de aangevoerde bewijzen te gaan „wegen en op grond daarvan aan de eischende partij een „suppletoiren eed op te leggen, — schoon in het interlocutoir, „dat in kracht van gewijsde was gegaan, was beslist dat de „eischer geen bewijs voor zijn vordering geleverd had, en „het Hof dus, nu de opdragt van den decisoiren eed geen „effect had kunnen hebben, het vonnis *in prima*, dat den „eisch afwees, had moeten bevestigen.

„De overw. in het beklaagde arr., tegen welke het *middel* meer bijzonder is gerigt, luidt aldus: „Wat de opmer-„king van den appt betreft ten aanzien van het interlocu-„toir vonnis, waarvan geen der partijen in hooger beroep „kwam, dat volkomen juist is, dat dat vonnis voor partijen „van kracht was gebleven, maar dat evenzeer waar is, „dat de regter in appèl, evenmin als de eerste regter, door

„die beslissing is gebonden, en dat het Hof dus bevoegd „is te onderzoeken, of de *posita* van appⁿ ook buiten den „opgedragen en aangenomen eed om, zijn bewezen."

„Is nu de grief juist, die in het *middel* is neêrgelegd? Ik geloof het niet. Het eindvonnis was hier aan 's Hofs kennisneming onderworpen. Dat vonnis was in zooverre in strijd met het interlocutoir, dat het onderzocht, of ook buiten den bij het interlocutoir opgelegden decisoiren eed het bewijs kon geacht worden geleverd te zijn. Het was dus de taak van den regter in appèl na te gaan of dit onderzoek teregt was geschied.

„Van die taak heeft het Hof zich gekweten. Het oordeelde dat dit onderzoek teregt had plaats gehad, en trad bovendien zelf op nieuw in een onderzoek. Het besliste daarbij: „dat noch den eersten regter, noch dien in appèl het in kracht van gewijsde gegane interlocutoir in den weg stond." Was nu die beslissing onjuist? M. i. in geenen deele. Want, al moge door sommigen (*) worden beweerd, dat de regel *l'interlocutoire ne lie pas le juge* ten onzent niet geldt, de H.-R. heeft steeds zeer bepaald de tegenovergestelde leer verkondigd (†), terwijl meer bijzonder bij de arrⁿ van 12 Nov. 1858 (v. D. HON. *B.-R.* XXII, 451 vlg.) en van 24 Junij 1864 (ID. *ibid.* XXVIII, 583 vlg., vooral bl. 594) alsook *implicite* bij dat van 22 Oct. 1886 (*N.-R.* CXLIV, 68 vlg ; v. D. HON. *B.-R.* LII, 294 vlg.) werd uitgemaakt dat ook dàn bedoelde regtsregel van toepassing was, wanneer het interlocutoir *in kracht van gewijsde* was gegaan.

(*) Zie o. a. Mr. L. J. GODEFROY in *Nieuwe Bijdragen* 1878 blz. 557 vlg.

(†) Zie bij VAN ROSSEM ad a. 46, nº 5. Ook werd het bestaan van den regel in ons regt krachtig verdedigd door Mr. M. EYSSELL in *Themis* VII, bl. 49 vlg.

„Het kan echter zijn dat het interlocutoir eene beslissing bevat, die inderdaad eene *eindbeslissing* is, b. v. dat het getuigenverhoor toelaatbaar was. Alsdan is, gelijk in laatstbedoeld arr. wordt geleerd, het interlocutoir *bindend*. Het is evenwel duidelijk, dat er *in casu* van zulk eene soort van beslissing geen sprake is; allerminst van eene beslissing, zooals de steller van dat *middel* dat wil, „dat de eischer geen bewijs voor zijne vordering geleverd had." Hier vindt men in het interlocutoir alleen de overw., dat nog bewezen moet worden dat de eischer als verkooper tegenover den gedaagde is opgetreden, eene overw., die niets anders is dan het motiveren van den grond, waarop de decisoire eed aan den gedaagde werd opgelegd.

„Ook is, naar de leer van den H.-R., het interlocutoir bindend waar het de eigenlijke *interlocutie* geldt (Cf. het arr. van 29 Nov. 1867, v. D. HON. *B.-R.* XXXII, 64 vlgg.). Natuurlijk moet de regter zijn eigen uitspraak eerbiedigen; wanneer hij b. v. eenmaal beslist heeft, dat er getuigenverhoor zal plaats hebben, kan hij daarop later niet meer terugkomen. Toch kan het wezen dat hij dit *moet* doen; b. v. wanneer de getuigen overleden, of gelijk *in casu* heeft plaats gehad, wanneer degeen, aan wien de eed was opgelegd, vóór het afleggen daarvan *gestorven* is.

„Hier staat de regter voor eene *absolute onmogelijkheid* om zijne vroegere uitspraak te eerbiedigen. Zijn vroeger interlocutoir *kan* hem dus niet binden.

„Dat begreep ook de regtb. in deze, en daarom beschouwde zij haar interlocutoir als niet gewezen en trad in een onderzoek naar de vraag, of ook buiten den decisoiren eed het bewijs der vordering kan worden geacht te zijn geleverd; zooals wij zagen, hetzelfde deed ook het Hof.

„Hof en regtb. waren daartoe onbevoegd, zoo wordt beweerd. Waarom? Omdat, — zooals in het *middel* wordt

gesteld — het interlocutoir had „beslist dat de eischer geen bewijs voor zijn vordering geleverd had"? Maar wij zagen reeds, dat het interlocutoir daaromtrent niets beslist. Dan, omdat bij het interlocutoir nu eenmaal de decisoire eed was opgelegd? Maar hier was voor den regter *force majeure*, en toch moest hij eene eindbeslissing geven: hij moest dus ook wel in een onderzoek naar nader bewijs treden. Bij het stilzwijgen (*) der wet moest hij wel een expedient trachten te vinden Een verwijt kan hem daarvan zeker niet worden gemaakt en allerminst kan hij daarbij eene wetsbepaling hebben geschonden.

„Ik meen echter nog verder te mogen gaan en te mogen beweren, dat de door regtb en Hof ingeslagen weg de juiste is (†). Nu de decisoire eed *in casu* ten gevolge van den *dood* van den gedaagde *onmogelijk kon* worden afgelegd, mogt het niet-afleggen van dien eed noch ten voordeele, noch ten nadeele van eene der partijen strekken en moest dus de oplegging van den eed worden beschouwd als nooit te zijn geschied Dit is ook het gevoelen van schrijvers van naam als LAROMBIÈRE ad a. 1364, n° 7 en 8 (*ed.* Brussel 1863 III, bl. 349), LAURENT, 3e ed. XX, n° 271, bl. 306, en DIEPHUIS III, bl. 189 vlg.

„Vreemd is zeker het beweren aan het slot van het *middel*, dat het Hof „het vonnis *in prima*, dat den eisch afwees, had moeten bevestigen"; omdat ook *in prima* de regter zich met het zoozeer afgekeurde onderzoek naar nader bewijs bij zijn eindvonnis had ingelaten. Ik houd derhalve het *middel* voor ongegrond.

„Nu is nog *subsidiair* door den verw., die zich *incidenteel* in cassatie heeft voorzien, als *middel* gesteld: „schending

(*) Cf. VAN DEN HONERT, *Handboek* § 50, bl. 200 vlg.

(†) Zie ook OUDEMAN, 3e ed, I, bl. 66.

en verkeerde toepassing van a. 1966, 1967, 1969, 1972—1974 B.-W., 50 B.-R, omdat het Hof, waar de decisoire eed aan den gedaagde is opgelegd, doch deze is overleden en geen eed is afgelegd, beslist, dat de gedaagde niet in het ongelijk moet worden gesteld, omdat de eischer nu moet geacht worden zijn bewijs niet te hebben geleverd, — doch dat de opdragt, aanneming en oplegging van den decisoiren eed het geding en de partijen in dien toestand brengt, dat van het afleggen van den eed de beslissing der zaak, waarover hij loopt (d. i. *in casu* in de hypothese, waarvan bij dit subsidiaire *middel* wordt uitgegaan, het geding) — afhangt, zoodat bij aflegging de eischer, en bij niet-aflegging, om welke reden ook, de gedaagde in het ongelijk moet worden gesteld."

„Ook dit *middel* acht ik ongegrond. Het Hof zegt: dat de decisoire eed „niet anders is dan een bewijsmiddel, waarvan de partij, die den eed opdraagt, gebruik maakt en dat *faalt* wanneer de wederpartij hetzij vóór de uitspraak van het interlocutoir vonnis, hetzij vóór het afleggen of terugwijzen van den eed sterft"

„Neen, beweert de geachte pleiter voor den verw. en incidenteelen eischer, het bewijsmiddel faalt niet; het heeft wel degelijk gevolg, en wel een gevolg, dat door beide partijen bij hare transactie is bepaald, namelijk dat de vordering moet worden toegewezen

„Ik kan deze stelling niet beter weêrleggen dan met de woorden van LAURENT t. a. pl: „Si celui à qui le serment „a été déféré vient à mourir avant de l'avoir accepté ni „refusé, la transaction tombe également. C'est l'application „des principes élémentaires qui régissent l'offre et l'accep„tation. L'offre ne peut plus être acceptée, donc la trans„action du serment ne peut plus se former."

„Dat ged. bij niet-aflegging *om welke reden ook*, in het

ongelijk moet worden gesteld — zooals in het *middel* wordt beweerd — is m. i. kennelijk in strijd met de bepaling van a 50 B.-R. Daar toch wordt gesproken van een *wettig beletsel*, dat de kracht heeft het gevolg op te heffen van het *niet-verschijnen* van hem, aan wien de eed was opgelegd (wat met eene weigering wordt gelijk gesteld).

„Overigens kan ik voor de juistheid van de bij dit *middel* bestreden beslissing verwijzen naar hetgeen zoo straks bij de behandeling van het principale *middel* werd gezegd.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der beide voorzieningen, met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Partijen gehoord;

„Gezien de stukken;

„O. dat door de eischers als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1953 en 1954, 1902, 1903, 1977 en 1978 B.-W., omdat het Hof ten onregte eene onderscheiding maakt tusschen de kracht die een vonnis heeft tusschen partijen, en de kracht die het heeft voor den regter, die tusschen partijen jugeert, en zoodoende er toe gekomen is om nog eens op nieuw de aangevoerde bewijzen te gaan wegen en op grond daarvan aan de eischende partij een suppletoiren eed op te leggen, schoon in het interlocutoir, dat in kracht van gewijsde was gegaan, was beslist, dat de eischer geen bewijs voor zijne vordering geleverd had, en het Hof dus, nu de opdragt van den decisoiren eed geen effect had kunnen hebben, het vonnis *in prima*, dat den eisch afwees, had moeten bevestigen;

„dat de verw., voor het geval de H.-R. het gevoelen van de eischers mogt deelen, en dat dus wordt aangenomen

dat nog maar alleen aan 's Hofs oordeel onderworpen was de vraag wat regtens zij, waar onder de bestaande omstandigheden de eed niet was afgelegd, en dus subsidiair als *middel* van cassatie voorstelt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1966, 1967, 1969, 1972—1974 B.-W. en a. 50 B.-R., omdat het Hof, waar de decisoire eed aan den ged. is opgelegd, doch deze is overleden en geen eed is afgelegd, beslist, dat de ged. niet in het ongelijk moet worden gesteld, omdat de eischer nu moet geacht worden zijn bewijs niet te hebben geleverd, doch dat de opdragt, aanneming en oplegging van den decisoiren eed het geding en de partijen in dien toestand brengt, dat van het afleggen van den eed de beslissing der zaak, waarover hij loopt (dat is *in casu*, in de hypothese waarvan bij dit subsidiair *middel* wordt uitgegaan, het geding) afhangt, zoodat bij aflegging de eischer, en bij niet-aflegging, om welke reden ook, de ged. in het ongelijk moet worden gesteld;

„O. ten aanzien van het principale *middel* van cassatie;

„dat feitelijk vaststaat:

„1° dat bij vonnis der arr.-regtb. te Amsterdam van 5 Mrt 1886 in eene door den nu verw. in cassatie tegen den auteur der nu eischers in cassatie ingestelde regtsvordering aan laatstgenoemden is opgelegd te zweren een door den toenmaligen eischer subsidiair opgedragen decisoiren eed;

„2° dat tijdens die uitspraak die ged. reeds was overleden, zijne erfgenamen daarna het proces hebben voortgezet, en bij eindvonnis van 18 Febr. 1887 is beslist, dat aan laatstgenoemden die niet-aflegging van den eed niet mogt worden tegengeworpen; dat de regtb. op nieuw de door den eischer aangevoerde feiten heeft onderzocht, een daarvan voor de verhouding van partijen niet beslissend geacht, en ten aanzien der overige overwogen, dat zij „geen aan-

leiding gaven aan dezen regter om af te wijken van de in het vonnis van 5 Maart 1886 gegeven beslissing, dat de eischer het bewijs van den door hem gestelden koop en verkoop niet had geleverd."

„3° dat de eischer alleen van dat eindvonnis is in hooger beroep gekomen, en het Hof, evenals de eerste regter, van oordeel was, dat het niet-afleggen van den eed door der geïnt^n^ auteur aan deze laatsten niet schaadde, maar ofschoon ook op zijne beurt de feiten onderzoekende, deze genoegzaam bewezen achtte om des oorspronkelijken eischers vordering afhankelijk te stellen van een door dezen af te leggen suppletoiren eed;

„dat het *middel* is gerigt tegen het slot der eerste overw., waarin het Hof het hernieuwde onderzoek der feiten op deze wijze tracht te regtvaardigen: „dat volkomen juist is, dat dat (te weten het interlocutoire) vonnis voor partijen van kracht is gebleven, maar dat evenzeer waar is, dat de regter in appèl, evenmin als de eerste regter, door die beslissing is gebonden, en dat het Hof dus bevoegd is te onderzoeken of de posita van app. ook buiten den opgedragen en aangenomen eed om zijn bewezen";

„O. te dien aanzien: dat, al konde men aannemen dat het bedoelde interlocutoir, hetwelk volgens den verw. tusschen partijen niet is beteekend, in kracht van gewijsde is gegaan, dan toch het gezag van dat gewijsde zich alleen uitstrekt tot het onderwerp van het vonnis;

„dat het onderwerp van een interlocutoir vonnis door de wet zelve wordt omschreven in a. 46, al. 3, B-R., volgens hetwelk voor interlocutoir worden gehouden vonnissen en bevelschriften, waarbij de regter, alvorens regt te doen, een bewijs, een onderzoek of een instructie beveelt waarvan de beslissing der zaak zelve kan afhankelijk zijn;

„dat hieruit volgt dat, indien door den regter, hetzij uit-

drukkelijk, hetzij stilzwijgend in het interlocutoir is aangenomen, dat de toenmalige eischer geen bewijs had geleverd, zulks slechts als een motief is te beschouwen, en zulks te meer, omdat nergens is verboden, en ook niet met de in het *middel* aangevoerde a. in strijd is, om een bewijsmiddel, hetwelk om de eene of andere wijze komt te vervallen, door een ander te vervangen;

„dat derhalve het principale *middel* is ongegrond, en wijl hierdoor de onderstelling is vervallen onder welke de verw. zijn subsidiair *middel* heeft voorgesteld, dit voor behandeling niet vatbaar is;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Verwijst de eischers in de kosten daarop gevallen."

N° 3052. — Arr. van 28 Dec. 1888.

(A. 1607 B.-W. — A. 203 B.-R. — A. 20 R.-O.)

Is bij 's Hofs beklaagde beslissing inbreuk gemaakt op a. 1607 *B.-W.?* — Neen.

Staat de vraag of in het geval van a. 203 *de gestelde feiten ter zake dienende en afdoende zijn geheel ter beoordeeling van den* judex facti? — Ja.

Had de eischer om zich met vrucht op gebrek aan motivering te kunnen beroepen a. 20 *R.-O. in zijn* middel *moeten aanhalen?* — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Gregory in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het *eerste middel* van cassatie heet: „schending en verkeerde „toepassing van de a. 1633, 1607, 1586 n° 3, 1594 en 1961 „B.-W., doordien het Hof, evenals de regtb., aannemende dat de „nu eischer van den eersten verw. het bedoelde land mondeling had gehuurd, besliste dat geene afzonderlijke huuropzegging werd vereischt en zulks wijl, volgens het Hof, tusschen

„partijen eene van den gewonen regel afwijkende huurover-
„eenkomst zou zijn gesloten, die op grond van des verws
„opgave, dat hij slechts voor een half jaar had verhuurd,
„om die reden niet na 1 Nov. 1884 kon zijn geconti-
„nueerd."

„Naar het mij voorkomt, kan in deze van schending of verkeerde toepassing der in het *middel* aangehaalde a. geen sprake zijn, bepaaldelijk ook niet van a. 1607 B.-W, waarop men bij pleidooi den nadruk heeft gelegd. Het Hof beslist namelijk: „dat tusschen partijen eene van den gewonen „regel afwijkende huurovereenkomst is gesloten, die om de „daarbij aangevoerde reden niet na 1 Nov. 1884 kon wor- „den gecontinueerd, waarmede appt [nu „eischer in cassatie] „geacht moet worden genoegen te hebben genomen, en „waarvan geene afzonderlijke opzegging werd vereischt."

„Door deze beslissing echter wordt geen de minste inbreuk gemaakt op a. 1607 B.-W. Het Hof maakt eenvoudig uit, dat partijen bij hare overeenkomst van de bepaling van dat a. zijn afgeweken (wat haar volkomen vrijstond, daar die bepaling niet is van openbare orde), en die beslissing is *feitelijk*.

„Als *tweede middel* is voorgesteld: „schending en verkeerde „toepassing van de a. 1932 en 1939 B.-W. en van a. 199, „in verband met a. 59 n° 3 B.-R., doordien het Hof het in „appèl door den nu eischer aangeboden en zeer ter zake „afdoende getuigenbewijs heeft gepasseerd, en zelfs niet de „gronden heeft aangegeven, waarom het dit bewijs passeerde."

„Ook dit *middel* acht ik ongegrond. Het schijnt dat de grief een dubbele is; vooreerst zou het Hof ten onregte het aangeboden getuigenbewijs hebben gepasseerd, ten andere zou het in gebreke zijn gebleven de gronden te vermelden, waarop het dit deed. Wat het eerste betreft, bestaat alleen dan voor den regter de verpligting om onder de omstandigheden, waarvan a. 199 B.-R. spreekt, op verzoek van een der

partijen een getuigenverhoor te bevelen, wanneer de gestelde feiten ter zake dienende en afdoende zijn (a. 203)(*). Of dit echter het geval is, staat geheel ter beoordeeling van den *judex facti.*

„Wat de *tweede grief* betreft, zij opgemerkt dat de motiveering van het voorbijgaan van het door den eischer aangeboden getuigenbewijs *in casu* gelegen is in 's Hof voorafgaande overw., waarbij de bekentenis van den tegenwoordigen verw. in haar geheel als waarheid werd aangenomen, zoodat *per se* niet ter zake dienende en afdoende was wat daartegen de eischer zich voorstelde door getuigen te kunnen bewijzen. Maar bovendien had de eischer, om zich met eenige vrucht op gebrek aan motivering te kunnen beroepen, in zijn *middel* a. 20 R.-O , moeten aanhalen. Vgl. 's Raads jurisprudentie op dit punt bij VAN ROSSEM ad. a. 59, n⁰ 12.

„Ik heb mitsdien de eer te concluderen tot verwerping van het beroep met veroordeling van den eischer in de kosten, daarop gevallen."

[Bij arr. van den H.-R. van 28 Dec. 1888, is conform bovenstaande conclusie, de voorziening verworpen.]

N⁰ 3053. — Arrest v. 28 Dec. 1888.

(A. 367, 372, 260 enz. van het Reglement op het beheer der Rivierpolders in Gelderland van 1879—1880.)

Is bij het aangevallen arr. teregt door het Hof geoordeeld, dat de kosten van aanberming van den dijk in het district Bommelerwaard boven den Meidijk bevolen, niet konden worden gebragt ten laste van de onderhoudpligtige stad, maar moeten blijven ten laste van het District? — JA.

In deze zaak heeft de Proc.-G Mr. POLIS de volgende conclusie genomen:

(*) Zie ook 's Raads arr. van 5 Maart 1852 (v. D. HON., *B.-R.* XIV, 189).

„Het eenige in deze zaak voorgestelde *middel* heet: schending en verkeerde toepassing van de a. 369, 372, 260 en, voor zooveel noodig, van de a. 1, 2, 288 en 303 van het door de Staten van Gelderland 17 Mei 1879 vastgestelde, bij Kon. Besl. van 24 Mei 1880 goedgekeurde Reglement op het beheer der rivierpolders in Gelderland, omdat het arr. heeft beslist, dat de kosten in geschil zijn ten laste van het district, en niet van de Gemeente.

„A. 369 van gemeld in deze toepasselijk Reglement bepaalt, dat de steden in de districten, voor zooverre zij van ouds in het onderhoud van dijkvakken en waterkeeringen hebben voorzien, daarvoor voortaan onderhoudspligtig zijn, *zoowel voor het gewoon onderhoud*, *als voor noodzakelijke buitengewone werken*. En nu is de eenige vraag hier te beslissen deze, of, met het oog op dat a. en a. 372 van het Reglement, de kosten der aanberming van den stadsdijk onder Zalt Bommel, aanberming, die, ter voldoening aan a. 260 van het Reglement, plaats had, en, bij weigering van het gemeentebestuur om te voldoen aan de door Ged.-Staten goedgekeurde ciering op last van den dijkstoel is uitgevoerd, van de gemeente kunnen worden teruggevorderd, nu feitelijk vaststaat dat Zalt-Bommel, met betrekking tot dien dijk, zoowel voor het gewoon onderhoud als voor noodzakelijke buitengewone werken onderhoudspligtig is

„A. 260 schrijft voor, dat, voor zooverre kolken of waaijen gelegen zijn binnen 16 M. van den binnenteen eens dijks, zij, *ten koste van het district*, tot dien afstand worden gedigt, of de dijk wordt *aangebermd* ter breedte van 5 M. en ter hoogte van minstens 4 Meters beneden den dijkskruin, — tenzij *op verzoek van den dijkstoel* Ged.-Staten om gewigtige redenen vrijstelling van dit gebod verleenen Wat *aanbermen* is, is niet twijfelachtig. Het is den voet van een dijk versterken door er een berm tegen te leggen (zie *Woordenboek*

der Nederlandsche taal, *in voce*). *Aanberming* van den dijk is dus *eene soort van verzwaring van den dijk*. En nu redeneert de eischer aldus: volgens a. 369 zijn de steden onderhoudspligtig ook voor buitengewone werken van onderhoud; volgens a. 303, 2e en 5e lid, behoort *het verzwaren van dijken* tot de buitengewone werken, en dus is ook deze aanberming een buitengewoon werk ten laste van de stad.

„Ik geloof niet dat dit juist is.

„Dat in a. 260 de woorden „*ten koste van het district*" slaan, niet slechts op het digten van kolken of waaijen, maar ook op het aanbermen van den dijk, wordt door den eischer erkend (men zie pag. 3 van de dagvaarding in cassatie n° 7, sub *b* in fine) en dat is ook niet twijfelachtig. Bij a. 260 worden dus, het Hof beslist dit teregt in de 4e overw., zoowel de kosten van het aanbermen van den dijk, indien hieraan boven het digten der kolk de voorkeur wordt gegeven, als die van het digten der kolk, zoo dit boven het aanbermen wordt verkozen, ten laste van het district gebragt; en wanneer de eischer niettemin, om de kosten van aanberming ten laste van de steden te brengen, zich beroept op de bij a. 369 gehandhaafde onderhoudspligtigheid der steden, *ook voor noodzakelijke buitengewone werken*, dan moet, dunkt mij, het antwoord daarop zijn, dat die regel niet gelden kan, waar sprake is van *speciale werken*, die, zooals de werken van a 260, bij eene uitdrukkelijke bepaling van het Reglement, ten koste van het district zijn gebragt *zonder eenig voorbehoud*.

„En nu wil ik de waarde van 's Hofs historisch argument in de 5e overw niet overschatten, maar zeker volgt niet uit de beraadslagingen, dat de provinciale wetgever zijn voorschrift in a. 260 omtrent de kosten, hoe algemeen dit ook moge luiden, niet wil hebben toegepast waar de steden onderhoudspligtig zijn.

„Overigens is het ook voor deze zaak de vraag niet, of niet in *waterschapsregtelijken zin* de tot instandhouding van den dijk noodzakelijke verzwaring door aanberming een werk van dijksonderhoud moet worden genoemd, maar of deze provinciale wetgever ook de aanberming in a. 260 bedoeld, als een werk van onderhoud wil hebben aangemerkt. En dat is niet vol te houden, omdat, zooals het Hof teregt beslist, het digten van kolken of waaijen, waardoor aan den dijk niets wordt gedaan, onmogelijk dijksonderhoud kan worden genoemd en dus met dat digten in a. 260 gelijkgestelde aanbermen van den dijk zulks in den geest van het Reglement evenmin kan zijn, en omdat, indien men aanneemt, dat het aanbermen van den dijk in cas van a. 260 is een werk van onderhoud, waarop de bepalingen omtrent den onderhoudspligt toepasselijk zijn, het Bestuur de zeker gemakkelijke keus zal hebben tusschen een werk, dat het zelf moet bekostigen, en een werk dat het zal kunnen laten betalen door de steden, wat, ik zeg het den verw. na, het Reglement niet kan hebben bedoeld, nu het alleen aan den dijkstoel vergunt dispensatie van de in a. 260 bevolen werken te vragen.

„De stelling van den eischer, *dat het onderhoud alles omvat wat voor het dijksbelang wordt geeischt*, en op die stelling berust zijn beweren, dat ook het door a. 260 gewilde digten van kolken dijksonderhoud is, schijnt ook zoo algemeen in het door den eischer aangehaalde Kon. Besl van 24 Junij 1884 niet te zijn bedoeld, vermits het daar gold eene verandering in den toestand van den dijk zelven en ter vermeerdering van diens weêrstandsvermogen te maken, niet een werk te verrigten *op gronden buiten den dijk*, *om één van buiten komend nadeel of gevaar voor den dijk te doen ophouden*.

„Alleszins aannemelijk daarentegen is wat door het Hof

in den 8[en] considerans wordt overwogen, dat de provinciale wetgever, ook blijkens de omstandigheid, dat a. 260 in het Reglement niet voorkomt onder de bepalingen betreffende het onderhoud der waterkeeringen, de bij dat a voorgeschreven werken beschouwt als *zeer speciale buitengewone werken*, *waaromtrent hij*, *wat het dragen der kosten betreft*, *anders bepaalt dan voor de gewone en buitengewone werken van onderhoud.* Daartegen zijn niet afdoende algemeene juridieke beschouwingen, aan den aard van den omvang van den dijks-onderhoudspligt ontleend, ook niet de stelling, dat het 2e lid van a 303 niet is limitatief, en dus ook nog wel andere dan de daar genoemde buitengewone werken van onderhoud ten laste van de steden kunnen komen; en wanneer de eischer zich zou willen beroepen op a. 268, als zouden, ondanks de woorden „ten koste van „het district", ook de in dat a. bedoelde werken zijn onderhoudswerken, waarop a. 369 toepasselijk is, dan zou men dit, met den verw., eene *petitio principii* kunnen noemen, nademaal het juist de vraag is, of niet ook de werken van het a. 268 zijn buitengewone werken, die, als noodig om op het oogenblik van de invoering van het Reglement bestaande toestanden te wijzigen, ten laste van het district zijn gebragt. Ik herinner dan ook voor zooveel noodig, dat volgens a. 5 der overgangsbepalingen van het Reglement de betrokken besturen verpligt zijn *binnen vijf jaren na de invoering van het Reglement* uitvoering te geven zoowel aan a. 268 als aan a. 260.

„Aan goede gronden voor 's Hofs uitspraak ontbreekt het dus niet, en wat de eischer noemt *'s Hofs brooze overtolligheidsargument in de elfde overw.*, moge op zich zelf van betwijfelbare waarde zijn, waar het staat naast zoovele andere argumenten is het als corroboratief van deze niet te versmaden

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

„Partijen gehoord;

„Gehoord den Proc.-G. in zijne conclusiën, enz.

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 369, 372 en 260, en voor zooveel noodig van de a. 1, 2, 288 en 303 van het Reglement op het beheer der rivierpolders in Gelderland, vastgesteld door de Staten 17 Mei 1879, goedgekeurd bij Kon. Besl. van 24 Aug. 1880, n⁰ 7, en afgekondigd in het *Prov. blad* van Gelderland van 1880, n⁰ 82, uitgegeven 27 Sept. 1880, omdat het arr heeft beslist, dat de kosten in geschil zijn ten laste van het district en niet van de gemeente;

„O., dat de kosten in geschil zijn de kosten van eene aanberming van den dijk, ingevolge a. 260 van het Regl. door het districtsbestuur bevolen, die elders zouden zijn voor rekening van het district, doch hier, volgens den eischer, door de stad zouden moeten worden gedragen, omdat het geldt een dijk, van ouds ten laste van de stad;

„O., dat bij a. 369 van bovengemeld Regl. de steden en de districten, voor zoover zij van ouds in het onderhoud van dijkvakken en waterkeeringen voorzien hebben, daarvoor voortaan onderhoudspligtig verklaard worden, „zoowel „voor het gewoon onderhoud als voor noodzakelijke buiten- „gewone werken;"

„O. echter, dat bij a. 260 geen sprake is van onderhoud van den dijk, maar van eene verbetering van zijn grondslag, door het digten van digt achter dien dijk gelegen kolken, of het aanbermen van den dijk, hetgeen nimmer noch als gewoon, noch als buitengewoon onderhoud van dien dijk kan worden beschouwd, en daarom ook niet in

het Hoofdstuk van het onderhoud der waterkeeringen in het Reglement, maar onder de Algemeene bepalingen betreffende waterkeeringen is opgenomen, en waaromtrent dan ook, wat het dragen der kosten aangaat, anders is bepaald, vermits het Reglement beveelt, dat die digting of aanberming geschieden zal „ten koste van het district" evenals ook de ophooging en verzwaring der dijken op welke vroeger kaden waren, volgens a. 268 geschiedt;

„O. dat het Hof mitsdien teregt heeft geoordeeld dat die kosten van aanberming niet konden worden gebragt ten laste van de onderhoudspligtige stad, maar moesten blijven ten laste van het district;

„Verwerpt de voorziening, en veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

N⁰ 3003*. — Arr. van 27 Januarij 1888.

(A. 1377. — A. 1485—1490 B.-W.)

Is het beweren juist, dat het Hof zou hebben beslist, dat tegen de vordering der verhuurders niet zou gelden het bewijs zijner wanpraestatie? — NEEN.

Heeft het Hof, alleen op feitelijke gronden aangenomen dat het bewijs van de vordering der eerste geïntimeerde in zijn geheel bleef, omdat uit de gestelde feiten het bewijs der beweerde wanpraestatie nooit kon worden afgeleid? — JA.

Is van eene vordering tot nietig-verklaring eener akte en van eene vordering tot hare vernietiging de schenking gelijk? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. jhr. DE SAVORNIN LOHMAN, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„In deze zaak zijn aangevoerd *twee middelen.*

„Het *eerste* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1377, 1584, 1586, al. 1 en 3, 1596 al 2, 1289, 1294, 1296, 1297, 1305, 1306, 625, 639, 667, 1902, 1904, 1907,

1911, 1912, 1917, 1932, B.-W. en 353, 345, 199, 200, 140, 456, 250, 134 B.-R., omdat bij het aangevallen arr., in strijd met deze wetsbepalingen, zou zijn aangenomen, dat een verhuurder alleen op grond van het bestaan der huurovereenkomst onbeperkt en onvoorwaardelijk schuldeischer is van den huurder voor het bedrag der bedongen en te vervallen huurpenningen, ook al heeft de verhuurder het verhuurde niet aan den huurder geleverd of hem tot genot van het verhuurde niet doen hebben of gelaten, maar dit aan een nieuwen huurder gegeven, — en dat tegen het bestaan van de schuldvordering van den verhuurder voor het bedrag der bedongen en te vervallen huurpenningen alleen kan gelden, dat er schulddelging bestaat; alzoo dat de huur is voldaan hetzij door betaling, hetzij door een andere wijze van de schuldvernietiging, maar dat daartegen niet kan gelden de verwering of het bewijs dat door den verhuurder der wet is gepraesteerd en dat bij gemis aan praestatie aan zijde van den verhuurder de huur niet is verschuldigd geworden.

„Conventioneel is in dezen geageerd tot deugdelijkverklaring van een verzet tegen den verkoop van executoriaal in beslag genomen goederen, gedaan op grond dat die goederen bij onderhandsche acte zouden zijn verkocht aan en in eigendom verkregen bij den opposant, nu eischer in cassatie. Reconventioneel tot nietig en van onwaarde verklaring van bovenbedoelde onderhandsche acte, als opgemaakt ter bedriegelijke verkorting van de regten der gedaagde eischeresse in reconventie.

„Nadat in eersten aanleg de eisch in conventie ontzegd en de reconventionele vordering was toegewezen, heeft de nu eischer in cassatie, in hooger beroep den reconventionelen eisch bestreden met de bewering, dat de eischeresse in reconventie van den nu 2den verw. in cassatie, haar beweerden debiteur, onder wien het executoriaal beslag was gelegd

gevonden, niets te vorderen had gehad, en dat op dien grond haar de actie van a. 1377 B.-W. niet toekwam.

„Het Hof heeft echter beslist, dat die eischeresse, door overlegging van de pacht-overeenkomst met den nu 2den verw., het bestaan eener vorderbare en vereffende schuldvordering heeft bewezen en dat daartegen niets is overgesteld dan een bloot beweren van onverschuldigdheid van pacht, en van geleden schade, wel met herhaald aanbod van bewijs van wanpraestatie aan zijde van de nu 1ste verweerderesse, maar in dier voege, dat uit dat aangeboden bewijs nooit zou kunnen resulteren dat de bewezen schuldvordering geheel of ten deele was gedelgd, weshalve het aangeboden bewijs is gepasseerd.

„Er is derhalve niets aan van de beweerde beslissingen, waardoor de aangehaalde a. worden gezegd te zijn geschonden, en daar alzoo de feitelijke grondslag van die beweerde schending ontbreekt, en die a. overigens, voor zoover zij toepasselijk waren en toegepast zijn, met juistheid zijn toegepast, acht ik het *eerste middel* ongegrond.

„Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1377, 1485, 1488, 1489 in verband met de a. 1349, 1374, 1493, 1495, 667 B.-W. en van de a. 456, 250, 134, 346 B.-R. omdat bij het aangevallen arr. het vonnis, waarvan was geappelleerd, is bevestigd en de eisch in reconventie van de 1ste geïnt., thans 1ste verwsse, is ontvankelijk verklaard en toegewezen, ofschoon bij den eisch in reconventie *a* niet was gevorderd, de nietig- en van onwaarde-verklaring der *handeling* of *handelingen* bij de onderhandsche acte van 25 Nov. 1886 geconstateerd, maar de nietig- en van onwaarde-verklaring van de acte zelve, en *b* niet was gevorderd de *vernietiging* hetzij van de handeling of handelingen, hetzij van de acte zelve, maar de *nietig-* en van *onwaarde-verklaring*.

„Het *middel* is dus tweeledig.

„Wat het eerste gedeelte aangaat, bij het aangevallen arr. is feitelijk beslist dat partijen over en weer het woord *akte* hebben gebezigd in den zin van zamenvatting van datgene, wat in het stuk wordt opgegeven als door de handelende personen te zijn verrigt, — in den zin dus van *handeling* of *handelingen*

„Ook in deze is het beweren van den eischer dus in strijd met de feitelijke beslissing, en behoeft hierbij verder niet stil gestaan.

„Wat het tweede gedeelte aangaat, — uit de a. 1485 en 1486, met de a. 1488 en 1489, en vooral a 1490, in verband beschouwd, — blijkt zonneklaar, dat het B.-W de uitdrukkingen vernietiging en nietigverklaring, — ook ten aanzien van de *actio Pauliana* — als van eene en dezelfde beteekenis beschouwt, — en gaat dus ook dit onderdeel van het *tweede middel* niet op.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST — De H.-R. d. Ned. enz.;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1377, 1584, 1586, n° 1 en 3, 1596 n° 2, 1288, 1294, 1296, 1297, 1305, 1306, 625, 639, 667, 1902, 1904, 1907, 1911, 1912 en 1417 B.-W., van a. 1932 van dat wetb., en van de a. 353, 345, 199, 200, 140, 456, 250 en 134 B.-R., omdat bij het aangevallen arr., in strijd met voormelde wetsbepalingen, is aangenomen, dat een verhuurder, alleen op grond van het bestaan der huurovereenkomst, onbeperkt en onvoorwaardelijk schuldeischer is van den huurder voor het bedrag der bedongen en te vervallen huurpenningen, ook al heeft de verhuurder het verhuurde niet aan den huurder geleverd,

of hem het genot van het verhuurde niet doen hebben of gelaten, maar dit aan een nieuwen huurder gegeven; en dat tegen het bestaan der schuldvordering van den verhuurder voor het bedrag der bedongen en te vervallen huurpenningen alleen kan gelden dat er schulddelging bestaat, alzoo dat de huur is voldaan hetzij door betaling, hetzij door eene andere wijze van schuldvernietiging, maar dat daartegen niet kan gelden de verwering of het bewijs, dat door den verhuurder niet is gepraesteerd, en dat bij gemis van praestatie aan zijde van den verhuurder, de huur niet verschuldigd is geworden;

„O. daaromtrent, dat het *middel* berust op een ònjuisten feitelijken grondslag;

„dat toch bij het beklaagde arr. ten aanzien van de vraag, welke het hier geldt, wordt overwogen, dat eerste geïntim^e^ (thans eerste verw^sse^) door overlegging van de pachtovereenkomst met den tweeden geïntim^e^ (thans medeverw.) eene vorderbare en vereffende overeenkomst bewijst en daartegenover niets wordt gesteld dan een beweren van onverschuldigdheid van pacht en van geleden schade door de handelingen van den opgevolgden pachter. T. op verschillende wijzen voorgesteld en daardoor in het onbepaalde gelaten;

„dat voorts nog wordt overwogen, dat wel herhaaldelijk aanbod van bewijs is gedaan van wanpraestatie aan de zijde van de eerste geintim^e^ en van door hare schuld geleden schade bij den tweeden geintim^e^, maar dat de gestelde feiten van dien aard zijn, dat het bewijs daarvan toch nooit kan leiden tot schulddelging van een bepaald bedrag, vooral niet als men die feiten in verband beschouwt met andere, die bij het arr. verder in het breede ontwikkeld worden;

„dat het Hof derhalve, welverre van te beslissen, dat

tegen de vordering eens verhuurders niet zou gelden het bewijs zijner wanpraestatie, integendeel in een onderzoek daaromtrent getreden is, en alleen op feitelijke gronden heeft aangenomen dat het bewijs van de vordering der eerste geintime in zijn geheel bleef, omdat uit de gestelde feiten het bewijs der beweerde wanprostatie nooit kon worden afgeleid;

„dat het *eerste middel* derhalve is ongegrond;

„O, dat als *tweede middel van cassatie* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1377 1485, 1488 en 1489, in verband met de a. 1349, 1374, 1493, 1595, 667 B.-W., en van de a. 456, 250, 134 en 346 B.-R., omdat bij het aangevallen arr. het vonnis, waarvan was geappelleerd, is bevestigd en de eisch in reconventie van de eerste geïntime, thans eerste verwsse, ontvankelijk is verklaard en toegewezen, ofschoon bij den eisch in reconventie *a*) niet was gevorderd de nietig- en van-onwaardeverklaring der handeling of handelingen, (koop en verkoop, huur en verhuur) bij de akte van 25 Nov. 1886 geconstateerd, maar de nietig- en van-onwaarde verklaring van de akte zelve, en *b*) niet was gevorderd de vernietiging, hetzij van de handeling of handelingen, hetzij van de akte zelve, maar de nietig- en van-onwaarde verklaring;

„O. daaromtrent, wat het eerste onderdeel aangaat, dat volgens het beklaagde arr. partijen over en weer het woord *akte* niet anders verstaan en gebruikt hebben dan als de uitdrukking, waarin zij zamenvatten en bespreken datgene, wat daarin wordt opgegeven door de handelende personen te zijn verrigt;

„dat tegen deze geheel feitelijke uitlegging van de handelingen van partijen in cassatie niet kan worden opgekomen;

„O., wat betreft het tweede onderdeel, dat dit gerigt

is tegen 's Hofs beslissing, dat eene vordering tot nietigverklaring of eene vordering tot vernietiging in deze zijn van gelijke strekking en gevolg, zoodat het bezigen van het eene woord of die van het andere is zonder eenig belang;

„dat deze beslissing juist is, omdat bij het beklaagde arr. teregt uit de vergelijking van a. 1485 B.-W. met a. 1488 en van a. 1490 B.-W. met de a. 1485 en 1486 wordt afgeleid, onze wet de door den eischer gemaakte onderscheiding niet kent; terwijl zij zelfs bij a. 1490 B.-W de vordering, waarvan hier sprake is, waarmede schuldeischers kunnen opkomen tegen handelingen, ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan, uitdrukkelijk omschrijft als strekkende tot nietigverklaring der verbindtenis;

„dat derhalve ook het *tweede middel* in zijn beide onderdeelen is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten."